# Die Verfallklausel im Pfandrecht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juriſtiſchen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswiſſenſchaftlichen Fakultät

der Philipps-Univerſität zu Marburg

vorgelegt von

Max-Heinz Mondrzik

Gerichtsreferendar aus Eſſen

Marburg 1930

Druck: Wailandtſche Druckerei AG. Aſchaffenburg.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen im Juli 1930.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen Eltern
zu eigen

# Inhalts-Verzeichnis.


Seite

A. Allgemeines.

§ 1 Begriff und Arten der Verfallklauſel . . . . . 8
§ 2 Die Literatur . . . . . 10

B. Geſchichtlicher Ueberblick.

§ 3 bis zum Verbot Konſtantins . . . . . 11
§ 4 Das Verbot Konſtantins . . . . . 13
§ 5 Das altdeutſche Recht und die Rezeption . . . . . 18

C. Das geltende Recht.

§ 6 Der Zweck des Verbots und ſeine allgemeinen Vorausſetzungen . . . . . 21
§ 7 Gegenüberſtellung der §§ 1149 und 1229 BGB. . . . 25
§ 8 Das Verhältnis des Verbots zu ähnlichen Rechtsbeziehungen 29
§ 9 Der Umfang des Verbots . . . . . 35

# Schrifttum.

## A. Lehrbücher und Kommentare.


Baron: Pandekten 9. Aufl.
Biermann: Sachenrecht 3. Aufl. 1914
Brunner: Grundzüge der deutſchen Rechtsgeſchichte 7. Aufl. 1913.

Corpus iuris civilis, editio Krüger et Mommſen

Crome: Syſtem des deutſchen bürgerl. Rechts 1905
Dernburg: Pandekten 7. Aufl.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgeſetzbuch, 2. Aufl. 1910
Ehrenzweig: Syſtem des öſterreichiſchen allgemeinen Privatrechts 1923
Enneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgem. Teil, 25. bis 29. Aufl. 1926 Schuldverhältniſſe 23. bis 27. Aufl. 1927
Fiſcher-Henle: BGB. 1921
Fuchs: Grundbuchrecht Bd. 1, 1902
Gierke: Deutſches Privatrecht 1905
Güthe-Triebel: Grundbuchordnung 5. Aufl. 1929
Jaeger: Konkursordnung 3. und 4. Aufl. 1913
Kretzſchmar: Das Sachenrecht des Bürgerl. Geſetzbuches 1906
Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929
Maenner: Sachenrecht nach BGB. 2. Aufl. 1906

Motive zum Entwurf eines Bürgerl. Geſetzbuches 1888

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. 1909
Oertmann: Kommentar zum BGB. 5. Aufl. 1928
Planck: Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1920

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB., 6. Aufl. 1928

Sohm: Inſtitutionen, 12. Aufl.
Staub-Koenige: Kommentar zum Handelsgeſetzbuch 12. und 13. Aufl.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 9. Aufl. 1926
Stein: Kommentar zur Zivilprozeßordnung 14. Aufl.

Stobbe: Handbuch des deutſchen Privatrechts
von Tuhr: Der allgemeine Teil des deutſchen Bürgerl. Geſetzbuches 1918
von Turnau-Förſter: Das Liegenſchaftsrecht nach den deutſchen Reichsgeſetzen und den preußiſchen Ausführungsbeſtimmungen 1900
Windſcheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl.
Wolff, Martin: Sachenrecht, 22. bis 26. Aufl. 1927

## B. Abhandlungen.

Bachofen: Das römiſche Pfandrecht 1847
Brinkmann: Die lex commiſſoria beim Pfandrecht, Diſſertation Göttingen 1892
Boſchan: Sicherungsübereignung und Gläubigernot in JW. 1912 S. 8 ff.
Chemnitius: Der geringe Erlös beim Pfandverkauf, Urſachen und Mittel zur Abhilfe 1915
Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundſätzen des heutigen römiſchen Rechts, Bd. 1 und 2
Eck: Vorträge über das Bürgerliche Geſetzbuch, Bd. 2, 1904
Fuchs: Befriſtete Eigentumsumſchreibung in JW. 1919 S. 218 ff.
Hallbauer: Von den verſchiedenen Mitteln eine Forderung ſicherzuſtellen, insbeſondere von der Sicherungsübereignung, Recht 1905 S. 632 ff.
Hellwig: Gläubigernot in „Recht und Wirtſchaft", Bd. 1 S. 25 ff.
Manigk: Pfandrecht, im Handwörterbuch der Rechtswiſſenſchaft S. 455 ff.
Pfandrechtliche Unterſuchungen 1. Heft 1904
hyperocha S. 292 ff. } in Pauly-Wiſſowa, Realenzyklopädie der klaſſiſchen Altertumswiſſenſchaft
hypotheca S. 343 ff. }
fiducia S. 2287 ff. }
von Meibom: Das deutſche Pfandrecht, 1867
Oberneck: Befriſtete Eigentumsumſchreibung in JW. 1919 S. 412 ff.

| | |
|---|---|
| Raape: | Die Verfallklauſel bei Pfand und Sicherungsübereignung |
| Römer: | Die Leiſtung an Zahlungsſtatt nach gemeinem Recht, 1866 |
| Warnkönig: | Dogmengeſchichtliche Darſtellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrecht im Archiv für die ziviliſtiſche Praxis, Bd. 24 und 25. |
| Wolff, Max: | Widerſpruchsklage und Ausſonderung in JW. 1930 S. 1470 ff. |

## C. Zeitſchriften und Entſcheidungs-Sammlungen

ſind in der gebräuchlichen Weiſe zitiert.

# Die Verfallklauſel im Pfandrecht.

## A. Allgemeines.

### § 1. Begriff und Arten der Verfallklauſel.

I. Unter Verfallklauſel im Sinne dieſer Arbeit iſt eine dem Pfandbeſtellungsgeſchäft hinzugefügte Nebenabrede des Inhalts zu verſtehen, daß der Pfandgläubiger das Pfand zu Eigentum haben ſolle, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt werde. Die Nebenabrede bezweckt demnach die Herbeiführung der Befriedigung des Gläubigers wegen ſeiner Forderung abweichend von der allgemeinen Art der Pfandverwertung, dem Verkauf des Pfandes.

Aus dieſer Begriffsbeſtimmung der Verfallklauſel ergibt ſich auch die rechtliche Konſtruktion des Verfalls: Leiſtet der Schuldner bei Fälligkeit der Forderung nicht, ſo erhält der Gläubiger nicht den zu ſeiner Befriedigung erforderlichen Geldbetrag, ſondern das Pfand zum Zwecke der Befriedigung. Der Verfall kennzeichnet ſich daher als eine durch den Zahlungsverzug des Schuldners aufſchiebend bedingte Hingabe an Erfüllungsſtatt im Sinne des § 364 BGB.

II. Zwei Hauptarten von Verfallklauſeln laſſen ſich unterſcheiden: der dingliche und der obligatoriſche Verfall.

1. Beim dinglichen Verfall vereinbaren die Parteien zugleich mit der Pfandbeſtellung den Eigentumsübergang am Pfande für den Fall, daß der Gläubiger am Fälligkeitstage nicht befriedigt wird. Die gemäß § 929 BGB. zur Uebertragung des Eigentums erforderliche Einigung iſt daher aufſchiebend bedingt durch den Leiſtungsverzug.[1])

2. Die Parteien können aber auch vereinbaren, daß der Pfandeigentümer für den Fall des Leiſtungsverzuges lediglich ſchuldrechtlich verpflichtet ſein ſoll, das Eigentum am Pfande auf den Gläubiger zu übertragen. Bei dieſer Abrede iſt das Verpflichtungsgeſchäft unter der aufſchiebenden Bedingung des Leiſtungsverzuges abgeſchloſſen. Hier von einem obligatoriſchen „Verfall" zu ſprechen, iſt zwar nicht ganz korrekt; denn „fallen" oder „verfallen" bezeichnet einen Vorgang, der ohne menſchliches Zutun ſich vollzieht. Der Begriff „obligatoriſcher Verfall" iſt aber im Schrifttum durchaus gebräuchlich. Seine Beibehaltung empfiehlt ſich auch ſchon ſeiner Kürze wegen.

3. Innerhalb dieſer beiden Hauptgruppen kann der Verfall im einzelnen beſonders modifiziert ſein:

[1]) Ueber den dinglichen Verfall bei Grundſtücken vgl. unten § 7.

a) Der Eigentumsübergang am Pfande kann vereinbart ſein ohne Rückſicht auf das Wertverhältnis zwiſchen Forderung und Pfand. Hier ſpricht man von einem abſoluten oder rechnungsfreien Verfall im Gegenſatz

b) zum rechnungspflichtigen Verfall, bei dem der Wert des Pfandes auf die Schuldſumme derart verrechnet wird, daß bei Mehrwert des Pfandes gegenüber der Forderung der Gläubiger dieſen herauszahlen muß, während bei Minderwert des Pfandes[2]) die Forderung nur in Höhe dieſes Wertes getilgt wird. Die Berechnung des Wertes kann auf die verſchiedenſte Weiſe erfolgen. So kann bei börſen- oder marktgängigen Sachen der Börſen- oder Marktpreis, bei Gold oder Silber der Metallwert der Wertberechnung zugrunde gelegt werden. Auch kann die Wertbeſtimmung einem Sachverſtändigen übertragen werden.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch dieſe Art als Verfall zu bezeichnen iſt. Das ALR. behandelt beide Fälle, den rechnungsfreien und den rechnungspflichtigen Verfall, in I 20, 33 gleich. Auch die Motive (III 820/1) berückſichtigen den rechnungspflichtigen Verfall ausdrücklich unter Ziffer 3. Die Verpflichtung des Gläubigers zur Herauszahlung eines etwaigen Ueberſchuſſes oder, bei Minderwert des Pfandes gegenüber der Forderung, die Tilgung der Forderung nur in Höhe dieſes Wertes, ſtehen im übrigen der rechtlichen Konſtruktion des Verfalls als Hingabe an Erfüllungsſtatt nicht entgegen.[3]) Das ALR. macht in I 16, 237, 238 und 242 die Gültigkeit der Hingabe an Zahlungsſtatt ſogar von der Einigung der Parteien über den Wert der hinzugebenden Sache abhängig. Das Geſchäft mag hierdurch zwar einen dem Kaufe unter Aufrechnung der beiderſeitigen Forderungen ähnlichen Charakter erhalten, es bleibt jedoch Hingabe an Erfüllungsſtatt (RG. 92, 104).

c) Der Verfall kann ſchließlich noch in der Weiſe vereinbart ſein, daß dem Gläubiger das Wahlrecht zwiſchen dem Eigentumserwerb am Pfande zum Zwecke der Befriedigung und der Verwertung des Pfandes nach allgemeinen Regeln (§§ 1228 ff. BGB.) zuſtehen ſoll. Raape (S. 9) ſpricht hier von einem Verfallrecht oder einem einſeitig (den Schuldner) bindenden Verfallvertrag im Gegenſatz zum Selbſtverfall oder zweiſeitig (auch den Gläubiger) bindenden Verfallvertrag. Auch hier kann der Verfall mit dringlicher Wirkung ver-

[2]) Dieſes Wertverhältnis wird im allgemeinen wohl nicht häufig vorkommen, da der Gläubiger, wenn der Wert des Pfandes unter den der Forderung herabſinkt, den Schuldner zur Beſchaffung weiterer dinglicher Sicherheit veranlaſſen wird. Vgl. z. B. § 1133 BGB.

[3]) Mot. II 83, Raape a. a. O. S. 16 ff., Biermann Bem. 2a zu § 1149 BGB., Enneccerus § 289 S. 198 A. 2.

einbart sein, derart, daß der Gläubiger, wählt er diese Art der Befriedigung, unmittelbar das Eigentum am Pfande erwirbt. Die Einigung gemäß § 929 BGB. ist in diesem Falle doppelt bedingt, nämlich einmal davon abhängig, daß Leistungsverzug eintritt, und zum andern, daß der Gläubiger den Verfall als Befriedigung wählt. Es ist aber auch ein obligatorischer, ein rechnungsfreier oder rechnungspflichtiger Verfall möglich.

## § 2. Die Literatur.

Die Bearbeiter der Lehre von der lex commissoria in älterer Zeit sind außerordentlich zahlreich. Es würde zu weit führen, wollte man im Rahmen dieser Arbeit sie alle aufzählen. Eine umfassende Zusammenstellung bis etwa um die Mitte des vorigen Jahrhunderts findet sich bei Warnkönig Arch. f. d. ziv. Pr. Band 24 und 25. Nach ihm wären vornehmlich noch zu nennen Bachofen und Dernburg.

Das Schrifttum der neueren Zeit ist hingegen ziemlich spärlich. In den Lehrbüchern wird das Rechtsinstitut im Zusammenhang mit der Darstellung des Pfandrechts meist nur kurz gestreift, ohne daß die dort eingenommene Stellung zu den mit der Verfallklausel zusammenhängenden Fragen eine tiefere Begründung erfährt. Eingehender befassen sich mit der Lehre von der Verfallklausel Manigk in seinen pfandrechtlichen Schriften sowie Raape in der Abhandlung „Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung".

Zweck der vorliegenden Arbeit soll u. a. der Versuch sein, die Unrichtigkeit der herrschenden Meinung hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit des sogen. rechnungspflichtigen Verfalls darzutun. Daß dieser Frage nicht nur eine wissenschaftlich-theoretische Bedeutung zukommt, daß sie vielmehr auch von außerordentlicher praktischer Tragweite ist, kann kaum bezweifelt werden. Aus dem Ergebnis der von Raape (a. a. O. S. 6) bei Gerichtsvollziehern veranstalteten Umfrage nach der Häufigkeit der von ihnen vorgenommenen Pfandversteigerungen ergibt sich notwendig der Schluß, daß auch heute noch ein großer Teil der Pfänder als Verfallpfänder bestellt werden. Denn andernfalls müßte selbst bei Berücksichtigung des Umstandes, daß heute vielleicht zahlreiche Kreditsuchende sich der öffentlichen Pfandleihanstalten bedienen, die die nicht eingelösten Pfänder durch eigene Beamte zum öffentlichen Verkauf bringen, gleichwohl die Zahl der Pfandversteigerungen durch Gerichtsvollzieher eine erheblich größere sein. Verneint man nun mit der herrschenden Lehre die Zulässigkeit des rechnungspflichtigen Verfalls,

ſo ſteht zwar, wie das RG. mehrfach entſchieden hat,[4]) dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner, der ſich auf die Nichtigkeit dieſer Art der Pfandverwertung beruft, der Nachweis offen, daß auch bei einer Verwertung des Pfandes entſprechend den allgemeinen Vorſchriften ein größerer Erlös nicht erzielt worden wäre. Eine endgültige Abwicklung des Schuldverhältniſſes, insbeſondere ein Eigentumsübergang am Pfande, tritt aber nach Anſicht des RG. nicht ein. Dieſes Ergebnis mit allen ſeinen Folgerungen kann aber nicht gebilligt werden. Die Unterſuchung über die Zuläſſigkeit des rechnungspflichtigen Verfalls erſcheint daher gerechtfertigt.

## B. Geſchichtlicher Ueberblick.

### § 3. bis zum Verbot Konſtantins.

I. Wie in allen älteren Rechten z. B. dem babyloniſchen,[5]) dem griechiſchen[6]), dem altdeutſchen[7]), ſo war auch der urſprüngliche Charakter des Pfandrechts im römiſchen Recht in allen drei Formen: fiducia, pignus, hypotheca, der eines Verfall-Erſatzpfandes. Dies entſprach durchaus der wirtſchaftlichen Struktur der Zeit: der Naturalwirtſchaft.

Bei der fiducia erhielt der Gläubiger durch mancipatio oder in iure cessio das Eigentum an der Pfandſache mit der Verpflichtung zur remancipatio, wenn der Schuldner rechtzeitig leiſtete. Verſtrich die Leiſtungsfriſt, ohne daß die Leiſtung erfolgte, ſo wurde das obligatoriſch gebundene Eigentum ohne weiteres durch den Verfall zum freien Eigentum. Damit erloſch zugleich die Forderung des Gläubigers (Verfall-Erſatz).

Das pignus umfaßte ſowohl das Beſitz vermittelnde wie auch das beſitzloſe Pfand, die ſpäter ſog. hypotheca. Auch zur Begründung des pignus genügte die nuda conventio ohne Beſitzübertragung. Demgemäß ſucht man auch bei mehreren römiſchen Klaſſikern den Ausdruck hypotheca vergeblich; einige gebrauchen ihn nur vereinzelt. Dagegen wird er grundſätzlich angewandt von Gaius und Marcian, der aber D. 20, 1, 5, 1 lehrte: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.[8])

In allen dieſen Fällen bedurfte es zur Herbeiführung des Verfalls dem Charakter des Pfandrechts entſprechend der Hinzufügung einer lex commissoria zum Verpfändungsgeſchäft ebenſowenig, wie

[4]) Vgl. RG. 77, 205/6, JW. 1930, 134.
[5]) Manigk, Pfandrecht S. 456 ff.
[6]) Manigk, ebenda S. 458 ff.
[7]) Vgl. unten § 5.
[8]) Manigk, Pfandrecht S. 462/63.

ſpäter der eines pactum de vendendo zur Begründung der Verkaufsbefugnis. Denn hier wie dort handelte es ſich um ein dem Pfandrecht innewohnendes ius naturale. Im übrigen war auch wohl der Wertunterſchied zwiſchen Forderung und Pfand nicht eben groß. Man verpfändete eine im weſentlichen mit der Forderung gleichwertige Sache. War ein Ueberſchuß vorhanden, ſo verfiel er gleichfalls dem Gläubiger. Dies konnte aber umſo weniger ins Gewicht fallen, als der Verfall eher den Sinn einer Konventionalſtrafe hatte, als den der Herbeiführung der Befriedigung des Gläubigers wegen ſeiner Forderung. Durch den im Verzugsfalle eintretenden Verluſt des Mehrwertes ſollte einerſeits der Schuldner angehalten werden, nach Möglichkeit pünktlich zu leiſten, zum andern ſah man in dem Verluſt eine gewiſſe Entſchädigung für den Gläubiger. Unter dieſem Geſichtspunkt kann in dem Verfall etwas Anſtößiges ebenſo wenig gefunden werden wie in jeder andern Vertragsſtrafe. Die ratio des Verfalls als die einer Konventionalſtrafe wird beſonders erkennbar, wenn man die urſprüngliche Bedeutung des Wortes pignus in Betracht zieht. Danach bezeichnete pignus nicht Fauſtpfand, ſondern Wetteinſatz, Reugeld[9]).

II. Erſt auf der wirtſchaftlichen Stufe der Geldwirtſchaft erwuchs die Vorbedingung für die Erkenntnis, daß der Gläubiger auf Grund des Verfalls häufig mehr erhielt, als er zu fordern hatte. Denn das Geld als Verkehrsfaktor ſchuf die Möglichkeit einer differenzierteren Bewertung des Pfandes im Vergleich zur Forderung. Die wirtſchaftliche Entwicklung von der Natural- zur Geldwirtſchaft hatte daher auf dem Gebiete des Pfandrechts die Umgeſtaltung des Verfallpfandes zum Verkaufspfand im Gefolge. Zugleich damit verſchwand auch der Erſatzcharakter des Pfandes; die Pfandſicherung hatte Einfluß weder auf die Art noch auf das Beſtehen der Forderung. Obſchon im Verlaufe dieſer Entwicklung das Verkaufsrecht des Gläubigers zum geſetzlichen Inhalt des Pfandrechts wurde, die Hinzufügung einer dieſes Recht gewährenden Vereinbarung zur Pfandbeſtellung, eines pactum de vendendo, alſo völlig überflüſſig erſchien, ſo iſt gleichwohl der Abſchluß eines derartigen pactum noch lange Zeit hindurch üblich geweſen.[10])

Neben dieſer geſetzlichen Verkaufsbefugnis iſt aber die vertragliche Vereinbarung der Verwertung des Pfandes durch Verfall noch durchaus gebräuchlich geblieben, weil der Verfall im Gegenſatz zu

[9]) Manigk, Pfdr. Unterſuch. I S 5 Anm. 1. — Vgl. im übrigen Manigk, hyperocha II 1a S. 295 ff, fiducia II S. 2297 ff, hypotheca III 5 S. 355 ff.

[10]) Vgl. etwa D. 13, 7, 4 u. 5, Cod. 8, 33, 3, 1. Paulus sent 3, 4a, 10: Superflua enim facta prodesse iuri tantum, nocere non possunt. Manigk, Pfandrecht S. 462/63.

dem immerhin umſtändlicheren Pfandverkauf dem Gläubiger auf leichte und bequeme Art Befriedigung wegen ſeiner Forderung verſchafft. Das ergibt ſich aus dem Wortlaut des Verbots Kaiſer Konſtantins vom Jahre 326 p. Chr. (Cod. 8, 34, 3), das in ſeinem Eingang von einer crescens asperitas legis commissoriae, von einer im Pfandverfall liegenden immer mehr zunehmenden Härte für den Schuldner ſpricht. Allerdings kann die Pfandverwertung durch Verfall unter Umſtänden eine große Gefahr für den Schuldner bedeuten. In aller Regel wird der Gläubiger nämlich zur Kreditgewährung nur gegen eine ſolche Sicherheit geneigt ſein, die auch für den Fall ihrer Wertminderung immer noch zur Deckung der Forderung ausreichend iſt, deren Wert alſo den der Forderung erheblich überſteigt. Ein Schuldner andererſeits, der des Kredits unbedingt bedarf, wird in ſeiner Bedrängnis häufig dem Gläubiger die verſchiedenſten Zugeſtändniſſe machen und ſich auch recht ungünſtigen Bedingungen unterwerfen, nur um den Kredit zu bekommen. Geſteht der Schuldner nun, in der Hoffnung freilich, das Pfand bei Fälligkeit einlöſen zu können, dem Gläubiger den abſoluten Verfall des im Vergleich zur Forderung weit wertvolleren Pfandes für den Fall des Leiſtungsverzuges zu, ſo bietet er damit, wenn er ſich in ſeiner Hoffnung getäuſcht ſieht, einem gewiſſenloſen Gläubiger Gelegenheit, ſich unter Ausbeutung der Notlage des Schuldners auf deſſen Koſten zu bereichern.

## § 4. Das Verbot Konſtantins.

(Cod. 8, 34, 3.)

I. Das Verbot gibt ſeinen Grund und ſeinen Zweck in ſeinem Eingang ſelbſt an. Es heißt dort: quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam . . . . . Hieraus iſt zu entnehmen: das Verbot wendet ſich gegen die captiones, die Betrügereien gewiſſer Gläubiger und will die asperitas, die Bedrängnis, die Ausbeutung des Kapital ſuchenden und daher wirtſchaftlich ſchwächeren Schuldners, die in dem Zugeſtändnis der Pfandverwertung durch Verfall, wie im vorhergehenden § näher dargelegt, liegen kann, durch den wirtſchaftlich ſtärkeren Gläubiger verhüten.

II. Aus dieſer den Grund und den Zweck wiedergebenden Eingangsformel des Verbots iſt nach unſerer Anſicht auch ſein Umfang und ſeine Beſchränkung in gegenſtändlicher Beziehung zu entnehmen.

Wir meinen nämlich, daß nur ſolche Verfallklauſeln von dem Verbot betroffen werden, die eine captio oder asperitas enthalten, d. h. nur diejenigen, die den abſoluten oder rechnungsfreien Verfall

zum Gegenſtand haben. Denn bei dem rechnungspflichtigen Verfall hat der Gläubiger den Mehrwert des Pfandes gegenüber der Forderung herauszuzahlen. Der Gläubiger erhält bei dieſer Art nicht mehr als den Wert, den er auch zu fordern hatte. Die Belange des Schuldners hinſichtlich des Ueberſchuſſes, der hyperocha, ſind gewahrt. Wo hier eine captio oder asperitas liegen ſoll, iſt nicht erſichtlich.

Gleichwohl wird dieſe Auslegung des Verbots von der herrſchenden Meinung in Abrede geſtellt. Man iſt vielmehr der Anſicht, daß ſowohl der rechnungsfreie wie auch der rechnungspflichtige Verfall unter das Verbot falle und ſtützt ſich dabei auf ſeinen Wortlaut: placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri.

U. E. ſpricht dieſer Wortlaut nicht gegen die von uns vertretene Auslegung des Verbots. Denn dieſes placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri iſt mit dem Eingang des Verbots: quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas unbedingt zuſammen zu betrachten. Unter dieſem Geſichtspunkt ergibt ſich, daß der Kaiſer nur die lex commissoria entkräften, für ungültig erklären (infirmare) wollte, wenn und ſoweit ſie eine captio oder asperitas enthielt.

Wollte man der von der Gegenmeinung vertretenen Auslegung des Verbots den Vorzug geben, ſo würde man damit zugleich dem Kaiſer und ſeinen Räten den Vorwurf machen, daß ſie durch die Unterſagung auch des rechnungspflichtigen Verfalls eine für den Gläubiger einfache und bequeme, durch die Erſparung der Koſten für den Verkauf des Pfandes wirtſchaftliche und dabei doch für den Schuldner ungefährliche Art der Gläubigerbefriedigung beſeitigt hätten, eine Maßnahme, für die ein Grund nicht erſichtlich iſt, die andererſeits aber auch weit über das in der Eingangsformel des Verbots niedergelegte Ziel hinausgegangen wäre.

Abgeſehen von dieſer Auslegung des Verbots ſeinem Wortlaute nach findet unſere Anſicht eine weitere Stütze in der unbeſtrittenen Gültigkeit eines anderen Rechtsinſtituts trotz des Verbots der lex commissoria, nämlich des kaufweiſen Erwerbs des Pfandes durch den Gläubiger unter Verrechnung von Schuld und Kaufpreis[11]). Der Verfallvertrag — denn in Wahrheit handelt es ſich um einen ſolchen, der nur in eine andere rechtliche Konſtruktion gekleidet iſt — wurde hier mit dem Inhalt geſchloſſen, daß der Gläubiger, falls der Schuldner nicht rechtzeitig zahle, das Pfand zum Zwecke der Befriedigung im Wege des Kaufes erwerben ſolle mit der Verpflichtung, den Mehrwert des Pfandes gegenüber der Forderung dem Schuldner zu

[11]) Vgl. etwa D. 20, 1, 16, 9, D. 20, 5, 12, pr. u. a.

erſtatten. Die beſtehende Schuld und der bei Eintritt des Schuldnerverzuges entſtehende Kaufpreis wurden alſo gegeneinander aufgerechnet; der Ueberſchuß war vom Gläubiger an den Schuldner herauszuzahlen. Durch dieſe Vereinbarung wurde einerſeits für den Schuldner die Härte der lex commissoria vermieden. Auf der andern Seite aber wurde durch ſie der Gläubiger der unbequemen Pflicht des Pfandverkaufs enthoben.

Zu Unrecht leugnen Raape[12]), Brinkmann[13]) und die dort Zitierten den Zuſammenhang des genannten Rechtsinſtituts mit der lex commissoria und damit ſeine Verwertbarkeit für die Frage der Gültigkeit des rechnungspflichtigen Verfalls. Richtig iſt freilich, daß zwiſchen dem Kauf einer Sache und ihrer Hingabe an Zahlungsſtatt für eine Schuld rechtlich Unterſchiede beſtehen. Ihrem wirtſchaftlichen Erfolge nach aber führen beide Rechtsinſtitute zu demſelben Ergebnis. Aus dieſem Geſichtspunkte heraus ſahen ſogar manche die Hingabe einer Sache an Erfüllungsſtatt für eine beſtehende Schuld als Kauf unter Aufrechnung der beiderſeitigen Forderungen an[14]).

Was insbeſondere die Stelle D. 20, 1, 16, 9 angeht, ſo ergibt ſich u. E. aber auch aus der Faſſung des Textes unmittelbar, daß es ſich hier um einen Verfallvertrag handelt. Zunächſt finden wir hier das typiſche Merkmal der Verfallklauſel, die Bedingung des Zahlungsverzuges (si intra certum tempus non sit soluta pecunia). Sodann iſt zu berückſichtigen, daß die Digeſtenſtelle ſelbſt das dem Juriſten zur Entſcheidung vorgetragene Geſchäft als eine Pfandbeſtellung bezeichnet, indem es dort heißt: potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve. Schließlich muß auch die Wendung iure emptoris possidere als Bezeichnung für den Kauf auffallen. Hiernach kann der Sinn der Stelle doch wohl offenbar nur der ſein: obſchon nach der ganzen Sachlage nicht ein Kauf, ſondern eine Pfandbeſtellung vorliegt, ſo ſoll gleichwohl der Gläubiger die Sache erhalten und bei Zahlungsverzug des Schuldners behalten, als wenn er ſie gekauft hätte (iure emptoris possidere); das ganze Geſchäft ſoll gewiſſermaßen als bedingter Kauf angeſehen werden.

Brinkmann[15]) meint im Anſchluß an Dernburg[16]), bei der vorliegenden Digeſtenſtelle habe es ſich für den Juriſten Marcian lediglich um die Entſcheidung der Frage gehandelt, ob ein bedingter Kauf gültig ſei, bei welchem anfangs kein pretium certum in ſtrengſtem Sinne, das nach älterem römiſchem Rechte zur Wirk-

[12]) a. a. O. S. 78 ff.
[13]) a. a. O. S. 37 ff.
[14]) Vgl. zu dieſer Frage Römer a. a. O. S. 23, auch Raape a a O. S. 14, 20.
[15]) a. a. O. S. 38.
[16]) Dernburg, Pandekten II, 259.

ſamkeit des Geſchäfts gehörte, vorhanden ſei, bei dem vielmehr der Preis erſt ſpäter, nämlich bei Eintritt des Schuldnerverzuges beſtimmt werde. Dieſe Frage habe der Juriſt mit Rückſicht darauf bejaht, daß der Kaufpreis beſtimmbar ſei; dies genüge für die Wirkſamkeit des Geſchäfts, das Geſchäft ſei in dieſem Sinne als venditio quodammodo conditionalis anzuſehen. Zum Beweiſe dafür, daß nur dies der Inhalt der vorliegenden Digeſtenſtelle ſein könne, wird darauf verwieſen, daß ſie weſentlich älter ſei als das Verbot der lex commissoria; deshalb könne ſchon aus dieſem Grunde ein Zuſammenhang der Stelle mit dem Verfallvertrage nicht beſtehen[17]).

Es mag dahingeſtellt bleiben, ob der zitierte Text eine Entſcheidung auch in dem von dem Vorgenannten angezogenen Sinne enthält. Sicherlich iſt aber die aufgeworfene Frage nicht alleiniger Gegenſtand der Entſcheidung geweſen. Das ergibt ſich mit abſoluter Deutlichkeit aus der oben betrachteten Faſſung des Textes. Wenn es dort heißt: potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ſo folgt daraus, daß der Juriſt ebenfalls zu der Frage der Gültigkeit eines Verpfändungsgeſchäfts mit dem im Text niedergelegten Inhalt Stellung genommen hat. Hat andererſeits Marcian nach Meinung von Brinkmann, Dernburg, Raape uſw. in der vorliegenden Entſcheidung die Beſtimmbarkeit des Kaufpreiſes für die Gültigkeit des Kaufes als ausreichend erklärt, ſo iſt nicht zu erſehen, inwiefern, abgeſehen von der Bedingung des Schuldnerverzuges, es ſich um einen gewiſſermaßen bedingten Kauf handeln ſoll. Es liegt vielleicht für die Auslegung des Textes viel näher, im Hinblick auf das potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve und die Wendung iure emptoris possidere das quodammodo mehr im Zuſammenhang mit dem Wort venditio zu betrachten. Eine derartige Auslegung aber würde unſere Anſicht, daß es ſich bei dem kaufweiſen Pfanderwerb durch den Gläubiger im Sinne der vorliegenden Digeſtenſtelle in Wahrheit um einen lediglich in eine andere rechtliche Konſtruktion gekleideten Verfallvertrag handelt, nur bekräftigen.

Auch daraus, daß die in Betracht kommenden Digeſtenſtellen älter ſind als das Verbot der lex commissoria, ergibt ſich kein Argument gegen unſere Annahme von dem Zuſammenhang der beiden genannten Rechtsinſtitute. Dieſe Tatſache beſagt lediglich, daß man auch ſchon vor Erlaß des Verbots erkannt hat, daß der rechnungsfreie Verfall dem Gläubiger Gelegenheit gebe, ſich in anſtößiger Weiſe und unter Ausbeutung der wirtſchaftlichen Notlage des Schuldners auf deſſen Koſten zu bereichern. Durch die Möglichkeit des kaufweiſen Pfanderwerbs durch den Gläubiger im Falle des

[17]) Vgl. auch Raape a. a. O. S. 78/79.

Schuldnerverzuges wurden dagegen die Intereſſen beider Parteien gewahrt: der Gläubiger wurde von den Unbequemlichkeiten eines Pfandverkaufs befreit, ohne daß dem Schuldner dadurch ein Schaden entſtand. Die Aufnahme der in Frage kommenden Digeſtenſtellen in das corpus iuris neben dem Verbot der lex commissoria beweiſt daher vielmehr, wie ſehr den Römern der Gedanke des Pfandverfalls auch nach Erlaß des Verbots der lex commissoria noch geläufig war.[18])

Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit dieſer Anſicht von der Gültigkeit des rechnungspflichtigen Verfalls trotz des Verbots Konſtantins iſt die Tatſache, daß dieſe Anſicht bis ins Mittelalter hinein die herrſchende Lehre darſtellte.[19]) Sie fand im 14. Jahrhundert ihren Ausdruck in dem von Bartolus, der bis zum Ende des 17. Jahrhunderts als Autorität auf dieſem Gebiete angeſehen worden iſt,[20]) und Albericus de Roſate entworfenen Schema:

Contrahitur pactum legis commissoriae
1. aut cum tertio puta cum fideiussore — valet
2. aut cum creditore principali
   a) aut pro iusto pretio — valet
   b) pro debito
      *a)* ex intervallo — valet
      *b)* initio — non valet.

Dieſes Schema war, wenn wir Warnkönig a. a. O. folgen, maßgebend ſogar bis zum Beginn des 18. Iahrhunderts für die Unterſcheidung der gültigen und ungültigen Verfallverträge und für die Abgrenzung dieſer Verträge überhaupt von ähnlichen.

Auf Grund unſerer bisherigen Unterſuchungen glauben wir daher mit Recht annehmen zu dürfen, daß es ſich bei dem in D. 20, 1, 16, 9 entſchiedenen Fall in Wahrheit um einen lediglich in eine andere rechtliche Konſtruktion gekleideten rechnungspflichtigen Verfallvertrag handelt.

Folgen wir aber der Gegenmeinung, der Pfandverfall, insbeſondere der rechnungspflichtige, und der kaufweiſe Pfanderwerb durch den Gläubiger, wie er in D. 20, 1, 16, 9 uns entgegen tritt, hätten nichts miteinander zu tun, ſo iſt doch an der unbedingten Gültigkeit des letztgenannten Rechtsgeſchäfts trotz des Verbots der lex commissoria feſtzuhalten. Auch hier ſpielt aber der Zahlungsverzug des Schuldners die entſcheidende Rolle. Die Vereinbarung, der Gläubiger könne bei Eintritt des Zahlungsverzuges das Pfand kaufweiſe

[18]) Manigk, hypotheca III 5 S. 356.
[19]) Warnkönig, a. a. O. Band 24 S. 12, Brinkmann, a. a. O. S. 4.
[20]) Warnkönig, a. a. O. Band 24 S. 13, 14.

erwerben, kann — und das leugnen auch die Gegner nicht — ebenfalls gleichzeitig mit dem Pfandbeſtellungsgeſchäft getroffen werden.[21]) In wirtſchaftlicher Beziehung führen daher der rechnungspflichtige Verfall und der Kauf des Pfandes durch den Gläubiger unter der Bedingung des Zahlungsverzuges des Schuldners zu dem gleichen Erfolg: der Schuldner erhält den Mehrwert des Pfandes gegenüber ſeiner Schuld erſtattet, der Gläubiger wird von der läſtigen Verpflichtung zum öffentlichen Verkauf des Pfandes befreit.

Als Ergebnis unſerer bisherigen Unterſuchungen über den Umfang des konſtantiniſchen Verbots iſt daher feſtzuſtellen: *der rechnungspflichtige Verfall iſt durch das Verbot der lex commissoria nicht betroffen worden; zum mindeſten aber iſt trotz des Verbots in der gleichzeitig mit der Pfandbeſtellung getroffenen Vereinbarung des kaufweiſen Pfanderwerbs durch den Gläubiger für den Fall des Schuldnerverzuges — wenn wir uns der Gegenmeinung über dieſes Rechtsinſtitut anſchließen — eine Verabredung in ihrer Gültigkeit nicht beeinträchtigt worden, die in ihren wirtſchaftlichen Auswirkungen dem rechnungspflichtigen Verfall völlig gleichzuſtellen iſt.*

III. Außer der vorſtehend dargeſtellten ſind bei den ſpäteren Bearbeitern unſeres Rechtsinſtituts noch eine ganze Reihe anderer Fragen Gegenſtand wiſſenſchaftlichen Streites geweſen; ſo, um nur einige herauszugreifen, die Frage der Gültigkeit einer zwiſchen Verpfändung und Fälligkeit (ex intervallo), einer zwiſchen Schuldner und Bürgen verabredeten, einer eidlich beſtärkten lex commissoria. Sie alle zu unterſuchen würde über den Zweck und den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen. Zum großen Teil ſind ſie auch heute nur noch von rechtshiſtoriſchem Intereſſe. Eine Zuſammenſtellung mit ausführlichem Literaturnachweis findet ſich in der bereits mehrfach zitierten Abhandlung von *Warnkönig*.

## § 5. Das altdeutſche Recht und die Rezeption.

I. Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande bei Leiſtungsverzug des Schuldners geſchah, ebenſo wie in allen älteren Rechten, auch im altdeutſchen Recht durch Verfall des Pfandes an den Gläubiger. Hierbei blieb gleichfalls zunächſt das Wertverhältnis zwiſchen Forderung und Pfand außer Betracht; Rechte auf die hyperocha

[21]) Dernburg, Pfandrecht II S. 282. — Vgl. ferner fragm. Vat. § 9: creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit, sive postea.

hatte der Schuldner nicht. Auch hier ſtellt ſich wieder der urſprüngliche Sinn des Pfandrechts als der eines Wetteinſatzes (wadium) dar. Erſt mit Beginn des 13. Jahrhunderts etwa vollzog ſich allmählich die Umgeſtaltung des Pfandrechts vom Verfall- zum Verkaufspfand. Es wurde nämlich die Abrede üblich, daß bei Minderwert des Pfandes gegenüber der Forderung für den Ausfall das übrige Vermögen des Schuldners haften ſolle. Man begann alſo, Forderung und Pfand hinſichtlich ihres Wertes zu vergleichen. Im Zuge der Entwicklung wurde dieſe zunächſt nur vereinbarungsweiſe begründete Haftung des übrigen Schuldnervermögens bei Minderwert des Pfandes gegenüber der Forderung zum geſetzlichen Inhalt des Pfandrechts überhaupt.[22]) Aus dem Vergleich der Werte von Forderung und Pfand mußte aber gleichzeitig die Erkenntnis dafür erwachſen, daß bei Mehrwert des Pfandes im Verhältnis zur Forderung der Gläubiger durch den Verfall zuviel erhielt. Die Fortentwicklung des Pfandrechts vom Verfall- zum Verkaufspfand bedeutete unter dieſen Umſtänden daher keinen großen Schritt.

Im Gegenſatz zum römiſchen Rechte kannte das altdeutſche Recht aber ſchon früh eine unterſchiedliche Behandlung von Liegenſchafts- und Fahrnispfandrecht.

Das Pfandrecht an Liegenſchaften konnte in der Zeit der Volksrechte mit zweierlei Inhalt beſtellt werden: als Eigentums- und als Nutzungspfand. Zur Begründung des erſteren benutzte man, ähnlich der römiſchen fiducia, die Form der Uebereignung. Im Gegenſatz zur fiducia des römiſchen Rechts erfolgte die Eigentumsübertragung aber bedingt. Am gebräuchlichſten war die reſolutiv bedingte Uebereignung: das dem Pfandgläubiger übertragene Eigentum erloſch mit der rechtzeitigen Befriedigung. Seltener findet ſich die ſuspenſiv bedingte, von nicht rechtzeitiger Zahlung abhängige Uebereignung. Ein endgültiger Beſitzverluſt war für den Schuldner mit der Uebereignung nicht notwendig verbunden. Der Beſitz konnte auf den Schuldner zurückübertragen werden. Vielfach erſetzte man auch die Beſitzverſchaffung durch Uebergabe einer Veräußerungsurkunde, eines Hausbriefes und dergl. (unkörperliche Veſtitur).[23])

Beim Nutzungspfand, der ſogen. älteren Satzung, erhielt der Gläubiger Beſitz und Nutzung des Grundſtückes bis zur Tilgung der Schuld, während das Eigentum am Grundſtück dem Schuldner verblieb. Das Nutzungspfand war entweder Zinsſatzung oder Totſatzung. Bei der erſteren bezog der Gläubiger die Nutzungen des Grundſtückes ohne Rückſicht auf ihren Wert anſtelle von Zinſen bis

[22]) Manigk, Pfandrecht im H. d. R. VI S. 464.
[23]) Brunner a. a. O. § 51.

zur Tilgung der Schuld. Bei der Totſatzung dagegen wurde durch Verrechnung der Nutzungen auf die Schuldſumme allmählich eine Amortiſation des Kapitals und damit gewiſſermaßen eine ſelbſttätige Auslöſung des Pfandgrundſtücks herbeigeführt.

Die ältere Satzung enthielt anfänglich ein Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande nicht. Die Befriedigungsmöglichkeit wurde jedoch meiſt durch vertragliche Vereinbarung des Verfalls geſchaffen, ſodaß bei Nichtzahlung innerhalb einer beſtimmten Friſt das Pfand Eigentum des Gläubigers wurde. Später erfolgte die Befriedigung aus dem Erlös des verkauften Pfandes. Den etwa vorhandenen Ueberſchuß erhielt der Schuldner.[24])

Die etwa im 13. Jahrhundert namentlich in den Städten ſich herausbildende ſogen. jüngere Satzung ließ in noch weit größerem Maße als die ältere Satzung Beſitz und Eigentum des Schuldners zunächſt unberührt. Der Schuldner behielt auch die Nutzungen des Pfandgundſtücks. Die Beſtellung des Pfandrechts geſchah in öffentlicher Form vor dem Gericht oder dem Stadtrat und wurde durch Eintragung in öffentliche Bücher beurkundet. Später wurde die Beurkundung zur Gültigkeitsbedingung für das Verpfändungsgeſchäft.[25]) Wurde der Gläubiger nun nicht rechtzeitig befriedigt, ſo hatte er auf Grund des in jener öffentlichen Form rechtsgeſchäftlich vereinbarten Pfandrechts die gleiche Stellung, als wenn er gegen den Schuldner ein gerichtliches Urteil auf Zahlung und Fronung des Grundſtücks erwirkt hätte. Letztere war bereits ein Teil der Zwangsvollſtreckung; ſie hatte die Ausweiſung des Schuldners aus dem Beſitz zum Gegenſtande. Zur Befriedigung des Gläubigers bedurfte es daher nur noch des zweiten Stadiums der gerichtlichen Zwangsvollſteckung, das zunächſt in der Uebereignung des Grundſtücks an den Gläubiger durch Anleite oder Inſatz beſtand. Die Uebereignung wurde dann ſpäter durch den öffentlichen Verkauf des Pfandes erſetzt.[26])

An beweglichen Sachen konnte entſprechend dem bei der jüngeren Satzung durch den Bucheintrag zum Ausdruck kommenden Grundſatz der Publizität ein Pfandrecht nur unter Uebertragung des Beſitzes, der Gewere, auf den Gläubiger rechtswirkſam begründet werden. Erfolgte eine Befriedigung des Gläubigers bei Fälligkeit nicht, ſo verfiel ihm das Pfand ohne weiteres. Im Verlaufe der oben geſchilderten Entwicklung trat dann ſpäter an die Stelle des Verfalls der Verkauf des Pfandes. Von dem Erlöſe wurde der

[24]) Gierke a. a. O. § 169, Martin Wolff a. a. O. § 129 III 2.
[25]) Gierke a. a. O. § 117.
[26]) v. Meibom a. a. O. S. 402 ff., Brunner a. a. O. §§ 43, 51.

Gläubiger befriedigt; einen etwaigen Ueberſchuß erhielt der Schuldner ausbezahlt.

II. Mit der Aufnahme des römiſchen Rechts gelangte auch das Verbot Konſtantins nach Deutſchland. Wenn auch das deutſche Pfandrecht ſeinem eigentlichen Inhalt nach ſchon längſt zum Verkaufspfand geworden war, ſo war doch die Vereinbarung des Verfalls keineswegs etwas Seltenes, auf dem Gebiete des Fahrnispfandrechts ſogar, wenn wir Stobbe[27]) folgen, die Regel.

Bei der grundlegenden Verſchiedenheit der ſachenrechtlichen Anſchauung im römiſchen und im deutſchen Recht ſind die auf die Rezeption folgenden Jahrhunderte gekennzeichnet durch eine außerordentliche Rechtsunſicherheit und Zerriſſenheit auch auf dem Gebiete des Pfandrechts. Die Grundſätze des deutſchen Rechts, insbeſondere die unterſchiedliche Behandlung von Liegenſchafts- und Fahrnispfandrecht, der Grundſatz der Publizität des Pfandrechts ſowie der auf die jüngere Satzung zurückgehende Grundſatz der gerichtlichen Geltendmachung des Liegenſchaftspfandrechts ſetzten ſich jedoch ſchließlich durch, der letztere allerdings in etwas veränderter Form, und fanden Aufnahme in die ſpäteren Landesgeſetzgebungen[28]) und in das BGB. Gleichfalls aber fand Aufnahme das Verbot der lex commissoria. Entſprechend der verſchiedenen Behandlung von Liegenſchafts- und Fahrnispfandrecht haben wir auch hinſichtlich des Verbots im BGB. zwei Vorſchriften: § 1149 für das Liegenſchafts- und § 1229 für das Fahrnispfandrecht.

## C. Das geltende Recht.

### § 6. Der Zweck des Verbots und ſeine allgemeinen Vorausſetzungen.

I. Nach den Motiven[29]) ſind die Gründe, die zur Aufnahme des Verfallverbots in das BGB. geführt haben, dieſelben, die für Konſtantin zum Erlaß des Verbots maßgebend waren. Es ſollte gewiſſenloſen Gläubigern die im Verfall möglicherweiſe liegende Gelegenheit zur wucheriſchen Ausbeutung der kapitalſuchenden und daher wirtſchaftlich ſchwächeren Schuldner genommen, „ein Mittel zur Bedrückung der unvorſichtigen und in einer Notlage befindlichen Schuldner“[30]) beſeitigt werden.

---

[27]) Stobbe a. a. O. II S. 300, 303, 320.
[28]) Einzelheiten vgl. Warnkönig Band 25 S. 428 ff., Manigk, Pfandrecht im H. d. R. VI letzter Abſatz S. 465.
[29]) Mot. III, 680.
[30]) Mot. III, 820.

Wie im gemeinen ſo iſt auch für das geltende Recht die Anſicht vertreten worden, das Verbot richte ſich lediglich gegen den Wucher. Demgegenüber hat aber das Reichsgericht[31]) ausgeführt, daß das Verbot nicht nur dann zur Anwendung kommen ſoll, wenn im Einzelfall der Verfallvertrag einen Wucher enthält, das Verbot richte ſich vielmehr gegen den Verfallvertrag ganz allgemein; die Führung des Beweiſes für die wucheriſche Abſicht des Gläubigers ſollte überflüſſig ſein. Auch in den Motiven heißt es, daß „die Vorſchriften der §§ 1149 und 1229 BGB. durchaus nicht in der Wuchergeſetzgebung allein ihre Stütze finden" ſollten. Zwar würden „die Beſtimmungen des Reichsgeſetzes betr. den Wucher vom 24. Mai 1880 unter Umſtänden auch die Gültigkeit der lex commissoria beim Pfandrecht in Frage ſtellen; doch würde die Anwendbarkeit dieſer Vorſchriften von dem Vorliegen der beſonderen Vorausſetzungen des geſetzlich verbotenen Wuchers abhängen, während hier ſo weit zu gehen iſt, daß die lex commissoria beim Pfandvertrag an ſich, ohne Rückſicht auf die beſondere Geſtaltung des Falles von der Nichtigkeit betroffen wird."[32])

Die gleichen Geſichtspunkte charakteriſieren auch das Verhältnis der §§ 1149 und 1229 zum § 138 BGB., insbeſondere zu deſſen Absatz 2. Von den Vorſchriften der §§ 1149 u. 1229 BGB. ſollen diejenigen Vereinbarungen betroffen werden, bei denen der Gläubiger im Wege des Verfalls mehr erhielte, als er zu fordern hat, mögen auch im einzelnen die Vorausſetzungen für die Anwendbarkeit der § 138 II BGB. nicht gegeben ſein. Ferner ſoll, ſelbſt wenn eine Verfallvereinbarung, abgeſehen von ihrer Nichtigkeit auf Grund der §§ 1149 bezw. 1229 BGB., an ſich den Tatbeſtand des § 138 II BGB. erfüllte, der Schuldner des Beweiſes für das Vorliegen des Wuchers enthoben ſein.

Im übrigen ſchließen aber das Verfallverbot und der § 138 BGB. ſich gegenſeitig aus, dergeſtalt, daß eine nach Maßgabe der §§ 1149 bezw. 1229 BGB. nichtige Verfallvereinbarung, die an ſich auch den Erforderniſſen des § 138 II BGB. genügen würde, nicht auch die Nichtigkeit des ganzen Pfandbeſtellungsgeſchäftes wegen Wuchers[33]) zur Folge haben kann. Das RG. hat über das Verhältnis der beiden Vorſchriften in dieſer Beziehung in JW. 1909, 719 folgendes ausgeführt:

„Das BG. erwägt, daß eine (Verfall-) Vereinbarung nach § 1229 BGB. nichtig ſei, daß daraus aber noch nicht die Nichtigkeit des ganzen Geſchäfts als eines wucheriſchen folge . . . Das trifft zu . . . Wenn eine (Verfall-) Abrede ſchon auf Grund einer

[31]) RG. 2, 333.
[32]) Mot. III, 680, 820.
[33]) Ob nach Maßgabe des § 139 BGB., darüber unten.

beſonderen den Pfandſchuldner ſchützenden Geſetzesbeſtimmung nichtig iſt, kann ſie der wucheriſchen Ausbeutung nicht dienen. Den entgegengeſetzten Ausführungen der Reviſion, welche die nichtige Verfallabrede auch noch in der Weiſe verwerten will, daß ſich aus ihr die Nichtigkeit des ganzen Geſchäfts wegen Wuchers ergeben ſoll, iſt nicht beizutreten. Für die Frage, ob wucheriſche Ausbeutung vorliegt, kommt nur in Betracht, was in an ſich rechtsgültiger und erzwingbarer Weiſe an Vermögensvorteilen verſprochen oder gewährt worden iſt."

Der Zweck des Verfallverbots erſchöpft ſich demnach in dem Schutz des Pfandſchuldners vor jedweder Uebervorteilung durch den Pfandgläubiger, ohne daß es auf das Maß oder die Höhe der Uebervorteilung ankommt.

II. Das Geſetz hält aber einen Schutz des Schuldners für erforderlich nur hinſichtlich ſolcher Verfallvereinbarungen, die vor Fälligkeit der Forderung abgeſchloſſen ſind (§ 1149 BGB.). Der § 1229 BGB. ſpricht von vor Eintritt der Verkaufsberechtigung abgeſchloſſenen Verfallverträgen. Die Berechtigung des Gläubigers zum Verkauf des Pfandes tritt aber gemäß § 1228 II BGB. ein, „ſobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig geworden iſt."

Durch dieſe eindeutige Geſetzesbeſtimmung iſt die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob ein zwiſchen der Pfandbeſtellung und der Pfandreife (ex intervallo) vereinbarter Verfall rechtswirkſam ſei,[34]) entſchieden. Auch die zwiſchenzeitlich getroffene Verfallvereinbarung iſt nichtig. Zwar mag die das Verbot begründende Gefahr einer Ausbeutung des Schuldners durch den Gläubiger in dieſem Zeitpunkte minder groß ſein, da der Schuldner das von ihm nachgeſuchte und durch das Pfand geſicherte Darlehen bereits empfangen hat. Seine Stellung dem Gläubiger gegenüber iſt aber immer noch keine unabhängige. Der Gläubiger wird vielleicht, wenn der Schuldner ihm jetzt noch Zugeſtändniſſe macht, bei Fälligkeit der Forderung eher zu einer Stundung bereit ſein oder dergl. Die Möglichkeit einer Ausbeutung des Schuldners iſt auch jetzt noch gegeben. Die ratio des Geſetzes rechtfertigt daher auch das Verbot der zwiſchenzeitlich getroffenen Verfallvereinbarungen.[35])

Verboten iſt nach den §§ 1149 und 1229 BGB. die vor Fälligkeit der Forderung getroffene Verfallabrede. Daraus ergibt ſich durch Umkehrſchluß die Gültigkeit der Vereinbarung, wenn ſie nach dieſem Zeitpunkt abgeſchloſſen worden iſt. Hierbei genügt es, wenn ein Teil der Forderung fällig geworden iſt (§ 1228 BGB.).[36])

[34]) Vgl. Warnkönig a. a. O. Bd. 25 S. 78 ff.
[35]) Vgl. ebenda S. 87.
[36]) Zuſtimmend Raape a. a. O. S. 37, Biermann Bem. 1a zu § 1229 BGB.

Auch dieſe Regelung erſcheint durchaus gerechtfertigt. Einerſeits kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, die Verwertung des Pfandes bis zur Fälligkeit der ganzen Forderung hinauszuſchieben und damit auf ſeine Befriedigung auch hinſichtlich des bereits fälligen Teils zu warten. Zum andern iſt ein beſonderer Schutz des Schuldners jetzt nicht mehr erforderlich. Wir ſahen eingangs, daß die Gefahr für den Schuldner dadurch heraufbeſchworen wird, daß er dem Gläubiger den Verfall in der Hoffnung einräumt, das Pfand bei Fälligkeit der Forderung einlöſen zu können. Die Ungewißheit, ob er zur Einlöſung in der Lage ſein werde, iſt nunmehr beſeitigt. Es ſteht feſt, daß er ſein Pfand verlieren wird, ob nun im Wege des Verfalls oder des Verkaufs. Glaubt ſich der Schuldner durch den Verfall benachteiligt, ſo wird er auf den Verkauf des Pfandes beſtehen, und dies umſo eher, als er jetzt von dem Gläubiger nichts mehr zu erhoffen hat. Im übrigen erſcheint es zweckmäßig, den Parteien Gelegenheit zur friedlichen Auseinanderſetzung zu geben, ſchon um die koſtſpielige und unbequeme Verſteigerung zu vermeiden.

Zutreffend weiſt freilich Raape[37]) darauf hin, daß von einer zur rechtswirkſamen Vereinbarung des Verfalls berechtigenden teilweiſen Fälligkeit der Schuld nicht die Rede ſein könne, wenn die für alsbald fällig erklärte Rate im Verhältnis zur Geſamtforderung auffallend gering iſt. Hier werde die Frage zu prüfen ſein, ob nicht nach Lage der Dinge die auffallend frühe Fälligkeit einer auffallend geringen Rate nur zum Schein erfolgt ſei. Alsdann ſei aber eine teilweiſe Fälligkeit noch nicht eingetreten, und das Verfallverbot ſtehe dem Schuldner noch ſchützend zur Seite.

Bezüglich der Frage, ob die vor Fälligkeit der Forderung vereinbarte und daher gemäß den §§ 1149 bezw. 1229 BGB. nichtige Verfallvereinbarung den Pfandvertrag ſelbſt in ſeiner Gültigkeit berührt, bietet der Fall keine Schwierigkeiten, wenn der Verfallvertrag zwiſchen Pfandbeſtellung und Pfandreife abgeſchloſſen iſt. Hier wird die Gültigkeit des Pfandvertrages ſicherlich nicht beeinträchtigt. Iſt der Verfall dagegen gleichzeitig mit der Pfandbeſtellung vereinbart und ſomit als Teil der letzteren anzuſehen, ſo iſt die Frage auf Grund des § 139 BGB. zu entſcheiden. Man wird aber wohl annehmen dürfen, daß in aller Regel die Aufrechterhaltung der Verpfändung mit ihrem geſetzlichen Inhalt (Verwertung des Pfandes durch Verkauf) im Sinne der Parteien liegt[38]). Ob man darüber hinaus die nichtige Verfallabrede im Wege des § 140 BGB. als

[37]) a. a. O. S. 38, 39.
[38]) Zuſtimmend Raape a. a. O. S. 40, 41.

Befreiung des Pfandgläubigers von den Förmlichkeiten der Pfandverſteigerung umzudeuten habe, kann ebenfalls nur nach Lage des Einzelfalles entſchieden werden.

## § 7. Gegenüberſtellung der §§ 1149 und 1229 BGB.

Vergleichen wir die beiden Pfandverfallverbote des BGB. miteinander, ſo ergibt ſich zunächſt, daß der für das Fahrnispfandrecht geltende § 1229 die Verfallabrede unmittelbar für nichtig erklärt, während der § 1149 beſtimmt, der Grundſtückseigentümer könne dem Hypothekengläubiger vor Fälligkeit der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung nicht das Recht einräumen, die Uebertragung des Eigentums am Grundſtück zum Zwecke der Befriedigung zu verlangen. Aus der Faſſung des § 1149 („kann nicht") iſt aber zu entnehmen, daß es ſich hier um eine Beſtimmung zwingenden Rechtes handelt. Eine dieſer Vorſchrift zuwiderlaufende Parteivereinbarung würde demnach, da ſie gegen ein geſetzliches Verbot verſtieße, gemäß § 134 BGB. nichtig ſein. Beide Vorſchriften führen alſo in ihrem Ergebnis zu der Nichtigkeit der Verfallabrede.

Weiterhin ergibt ſich bei einer vergleichenden Betrachtung der beiden Verfallverbote, daß § 1149 lediglich die Einräumung eines Rechtes unterſagt, auf Grund deſſen die Uebertragung des Eigentums am Grundſtück zum Zwecke der Befriedigung verlangt werden kann, oder mit andern Worten den ſog. obligatoriſchen Verfall. Der § 1229 erklärt hingegen nicht nur dieſen („eine Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache übertragen werden ſoll"), ſondern auch den dinglichen Verfall („eine Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache zufallen ſoll") für nichtig. Daß der dingliche Verfall an Liegenſchaften von der Vorſchrift des § 1149 ausgenommen ſein ſollte, iſt nach dem Zweck des Geſetzes ausgeſchloſſen.

Als Grund dafür, daß in § 1149 der dingliche Verfall nicht erwähnt iſt, geben die Motive an, ein Verbot des dinglichen Verfalls an Liegenſchaften ſei nicht erforderlich, weil dieſe Art des Verfalls mit dem Weſen der Hypothek unvereinbar ſei. Es heißt dort im einzelnen zu § 1077 (jetzt § 1149): „Da der Grundſatz der Vertragsfreiheit, welcher das Recht der Schuldverhältniſſe beherrſcht, für das Sachenrecht nicht gilt, ſo kann durch Vertrag zwiſchen den Beteiligten der Hypothek ein anderer als der geſetzlich beſtimmte Inhalt nicht gegeben werden, es ſei denn, daß das Geſetz ſelbſt eine Aenderung ſeiner bezüglichen Beſtimmung zuläßt." Der mit der Beſtellung der Hypothek verbundene dingliche Verfallvertrag würde „den durch die §§ 1062 und 1075 (jetzt 1113 und 1147) gegebenen

Inhalt der Hypothek wesentlich verändern, eine besondere Kategorie von Hypotheken". [39])

Eine im wesentlichen gleiche Begründung für die Nichterwähnung des dinglichen Verfallvertrages in § 1149 geben auch eine Reihe von Kommentaren[40]). Allein, diese Erwägungen, so richtig sie an sich sein mögen, scheinen uns nicht den Kernpunkt für die Verschiedenheit der Fassungen der beiden Verfallverbote zu treffen.

Was insbesondere den § 1147 BGB. angeht, so ist er eine Schutzbestimmung zur Vorbeugung unrechtmäßiger Pfandveräußerungen. Die Beitreibung der durch das Pfand gesicherten Forderung soll im Gegensatz zum Fahrnispfandrecht erst beginnen können, wenn durch urteilsmäßigen Ausspruch ihre Zuläßigkeit festgestellt ist[41]). Deshalb sollte das Urteil nicht, wie meist in der Praxis, auf Verurteilung des Eigentümers zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück lauten; denn eine Zahlung des Eigentümers ist nicht Zahlung aus dem Grundstück (§ 1113 BGB.), sondern Beseitigung der Befugnis des Gläubigers, sich aus dem durch das Grundstück verkörperten Wert zu befriedigen. Korrekterweise sollte der Titel vielmehr das Befriedigungsrecht des Gläubigers feststellen. Dieser Inhalt des Titels ergibt sich aus § 1233 II BGB., der davon handelt, daß der Gläubiger für sein Befriedigungsrecht einen vollstreckbaren Titel erlangt hat; er folgt aber auch aus § 1160 BGB., nach welchem die dem Eigentümer gegen die Hypothek zustehenden Einreden sich nicht als Leistungsverweigerungsrechte, sondern als Widerspruchsrechte gegen die Durchführung des Hypothekenrechts, gegen das Befriedigungsrecht des Gläubigers darstellen.

Soweit andererseits durch die Bestimmungen der §§ 1113 und 1147 BGB. das Grundstückspfand seinem Charakter nach als Verkaufspfand bezeichnet wird, ist für die hier geprüfte Frage nach dem Grunde für die verschiedene Fassung der beiden Verfallverbote nichts gewonnen. Denn auch das Fahrnispfand ist Verkaufspfand (§ 1228 BGB.).

Ein anderer Grund für die Nichterwähnung des dinglichen Verfalls in § 1149 BGB. könnte in der Vorschrift des § 925 II BGB. gefunden werden[42]).

Wir haben eingangs gezeigt, daß bei dem dinglichen Verfall der Eigentumserwerb an dem Pfande von der aufschiebenden Bedingung des Schuldnerverzuges abhängig ist. Diese Bedingung bezieht sich

[39]) Mot. III. 679, 680.
[40]) Planck, Kretzschmar, Turnau-Förster, Bem. 1 zu § 1149 BGB. u. a.
[41]) Martin Wolff §§ 131, 139.
[42]) So Fuchs, Grundbuchrecht Bem. 3a zu § 1149 BGB. Maenner, Sachenrecht S. 439 A. 27.

dabei auf die nach Maßgabe des § 929 BGB. zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen erforderliche dingliche Einigung der Beteiligten über den Eigentumsübergang: die Beteiligten ſind über den Uebergang des Eigentums an dem Pfande auf den Gläubiger einig für den Fall, daß der Schuldner mit ſeiner Leiſtung in Verzug gerät.

Durch die Beſtimmung des § 925 II BGB. iſt die Hinzufügung einer Bedingung zu der nach § 873 BGB. für den Eigentumserwerb an Grundſtücken erforderlichen Einigung über den Eigentumsübergang (der Auflaſſung) verboten. Der Zweck dieſes Verbots beſteht darin, die Klarheit der Eigentumsverhältniſſe an Grundſtücken zu gewährleiſten. Wäre nämlich eine bedingte Auflaſſung zuläſſig, dann müßte auch die Eintragung der bedingten Eigentumsänderung in das Grundbuch zugelaſſen werden. Durch derartige Eintragungen würde aber der Zweck des Grundbuches, klare und zuverläſſige Auskunft über die Rechtsverhältniſſe an dem Grundſtück zu geben, beeinträchtigt.

Allerdings iſt nichts dagegen einzuwenden, wenn, um den Eintritt der beabſichtigten Rechtsänderung einſtweilen noch hinauszuzögern, die Beteiligten ſich obligatoriſch verpflichten, den gemäß § 13 Abſ. 1 S. 1 GBO. erforderlichen Eintragungsantrag, ohne den das Grundbuchamt in aller Regel nicht tätig wird, nicht vor einem beſtimmten Zeitpunkt oder vor dem Eintritt eines beſtimmten Ereigniſſes zu ſtellen.

Fuchs[43]) hält ein derartiges Verfahren für nicht vereinbar mit der Beſtimmung des § 873 BGB. Er meint, die Auflaſſung ſei „nicht nur Bindung an die erſtrebte Rechtsänderung, ſondern die zur Uebertragung des Eigentums erforderliche Einigung (§ 925 I BGB.), die Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung (§ 873 BGB.), alſo über die Eintragung, als über deren unerläßliche Vorausſetzung". „Das Verbot der Bedingung kann nicht nur im Intereſſe der Sofortigkeit der Bindung erlaſſen ſein; denn dieſe wird ja durch den Aufſchub des Eigentumsüberganges nicht in Frage geſtellt . . . Das Verbot will gerade die Sofortigkeit der Rechtsänderung gewährleiſten."

Dieſer Anſicht iſt folgendes entgegenzuhalten: § 925 II BGB. verbietet lediglich die Hinzufügung einer Bedingung zu der Auflaſſung, d. i. nach der geſetzlichen Definition des Abſ. 1 des genannten § die zur Uebertragung des Eigentums nach § 873 BGB. erforderliche Einigung des Veräußerers und Erwerbers über den Eintritt der Rechtsänderung. Von der weiteren zur Herbeiführung der Rechtsänderung erforderlichen Vorausſetzung, der Eintragung der erſtreb-

[43]) In JW. 1919, 218 ff.

ten Aenderung in das Grundbuch, und dem ſie auslöſenden Eintragungsantrag iſt nicht die Rede. Zwar halten es die Motive[44]) für empfehlenswert, daß die beiden auf die Rechtsänderung gerichteten Rechtsakte in einen möglichſt engen zeitlichen Zuſammenhang gebracht werden. Aber eine geſetzliche Vorſchrift wie der § 48 der Preußiſchen GBO., deſſen Abſ. 3 insbeſondere beſagte, die Eintragung des Eigentumsüberganges müſſe ſich unmittelbar an die Auflaſſung anſchließen, iſt dem heutigen Grundbuchrecht unbekannt. Auflaſſung und Eintragung gehören lediglich inſofern zuſammen, als jene die Vorausſetzung für dieſe bildet. Im übrigen ſind beide aber völlig ſelbſtändig. Insbeſondere wird die materiellrechtlich unbedingt abgegebene Auflaſſungserklärung nicht dadurch zu einer bedingten, daß ihre Einreichung beim Grundbuchamt, die Berechtigung zur Stellung des dem formellen Grundbuchrecht angehörenden Eintragungsantrages, von einer Bedingung abhängig gemacht wird[45]).

Wenn Fuchs ſchließlich noch die Gewährleiſtung der Sofortigkeit der Rechtsänderung als Zweck des Geſetzes (§ 925 II BGB.) bezeichnet, ſo iſt dieſer Zweck doch nur unter dem von uns hervorgehobenen Geſichtspunkt verſtändlich, daß das Grundbuch jederzeit eine klare und überſichtliche Auskunft über die Rechtsverhältniſſe am Grundſtück geben ſoll. Denn ein anderer Grund, den Beteiligten die ſofortige reſtloſe Abwicklung ihrer Rechtsgeſchäfte zu gebieten, iſt nach unſerm Dafürhalten nicht aufzufinden, zumal auch das Fahrnisrecht eine derartige Beſtimmung wie die des § 925 II BGB. nicht kennt. Die Klarheit des Grundbuchs erſcheint aber doch wohl ſchon dadurch geſichert, daß die Einigung die Hinzufügung einer Bedingung nicht verträgt. Denn ſolange die Eintragung der Rechtsänderung nicht erfolgt iſt, bleibt der Veräußerer Eigentümer des Grundſtückes, mag auch die Einigung über den Eigentumsübergang für ihn bereits nach Maßgabe des § 873 BGB. bindend geworden ſein: die Rechtslage wie ſie ſich nach dem Grundbuch darſtellt, ſtimmt alſo mit der wirklichen überein.

Wir kommen alſo zu dem Ergebnis, daß es den Beteiligten unbenommen iſt, die Berechtigung zur Stellung des Eintragungsantrages von dem Eintritt einer Bedingung abhängig zu machen. Durch eine Vereinbarung dieſes Inhaltes wird das Verbot des § 925 II BGB. in etwa ausgeglichen, ohne daß darunter die Klarheit des Grundbuches, die durch dieſes Verbot gewährleiſtet werden

[44]) Mot. III 316.

[45]) KGJ. 36, 198; 43, 200; OLG. 11, 159; RG. in JW. 1905 S 290 u a.; Güthe-Triebel Anm. 48 und 49 zu § 20 GBO; Martin Wolff § 61 I 3; Oberneck in JW. 1917, 539; 1919, 412; derſ. in Z.d D.Not.V. 1919, 18 u. a.

ſoll, leidet. Das Verbot des § 925 II BGB. begründet daher nicht die Fortlaſſung des dinglichen Verfallverbotes in der Beſtimmung § 1149 BGB.

Der wahre Grund ſcheint uns vielmehr darin zu liegen, daß ein dinglicher Verfall an Grundſtücken, der dem an beweglichen Sachen gleich käme, überhaupt nicht möglich iſt.

Beim dinglichen Verfall im Fahrnispfandrecht iſt die zum Eigentumserwerb erforderliche Einigung durch den Eintritt des Schuldnerverzuges aufſchiebend bedingt. Tritt dieſe Bedingung ein, ſo erlangt der Gläubiger ohne weiteres Zutun das Eigentum am Pfande.

Im Liegenſchaftsrecht kann zwar die Bedingungsfeindlichkeit der auf die Rechtsänderung gerichteten Einigung dadurch erſetzt werden, daß die Berechtigung zur Stellung des Eintragungsantrages von einer Bedingung abhängig gemacht wird. Jedoch muß in dieſem Fall immer noch die Tätigkeit des Grundbuchamtes, die Eintragung, hinzukommen, um den Eigentumserwerb herbeizuführen. Da demnach alſo ein dinglicher Verfall im Sinne des Fahrnispfandrechts (= Zufallen des Eigentums lediglich durch Eintritt der Bedingung) an Liegenſchaften nicht möglich iſt, ſo bedurfte es auch nicht der Aufnahme eines beſonderen Verbots in die Beſtimmung des § 1149 BGB.

## § 8. Das Verhältnis des Verbots zu ähnlichen Rechtsbeziehungen.

Was die Frage der Anwendbarkeit des Verfallverbots auf ähnliche Rechtsbeziehungen angeht, so sei nochmals darauf verwiesen, daß der Verfall die Herbeiführung der Befriedigung des Gläubigers wegen seiner Forderung durch Hingabe an Erfüllungsſtatt zum Gegenſtande hat. Demnach muß die Anwendbarkeit des Verbots bei allen denjenigen Rechtsbeziehungen, ſei es geſetzlichen oder vertraglichen, entfallen, die nicht dieſen Befriedigungszweck verfolgen. In Betracht kommen etwa folgende Tatbeſtände:

1. das Zurückbehaltungsrecht des BGB. (§ 273). Es beſteht lediglich in einem einredeweiſe geltend zu machenden Rechte, die eigene Leiſtung bis zur Bewirkung der Gegenleiſtung zu verweigern. Es dient ſomit zwar der Sicherung, und ſoll die Unbilligkeit verhindern, die in dem Verlangen der Vorleiſtung liegt.[40]) Ein Recht auf Befriedigung gewährt es aber nicht. Was insbeſondere das Zurückbehaltungsrecht aus gegenſeitigen Verträgen angeht, ſo mag dahingeſtellt bleiben, ob es als Unterart des allgemeinen Zurückbehaltungs-

[40]) Enneccerus, Schuldverh. § 249 II.

rechtes nach § 273 BGB. oder, wie Leonhard[47]) meint, als besondere Art des Zurückbehaltungsrechtes anzusehen ist. Abgesehen davon, daß auch dieses Zurückbehaltungsrecht ein Befriedigungsrecht nicht gewährt, ist die Vereinbarung eines Verfalls im Sinne dieser Arbeit (= Anfall des Eigentums an Stelle der geschuldeten Leistung zum Zwecke der Befriedigung) schon deshalb nicht möglich, weil es sich in vielen Fällen bei den Leistungsgegenständen um solche handelt, die noch zum Vermögen des zur Leistung Verpflichteten gehören. So wird z. B. beim Kauf der Verkäufer in aller Regel Eigentümer der verkauften Sache sein, er kann nicht erst noch durch einen „Verfall" Eigentümer werden. Vereinbaren Parteien nun, daß jeder Teil keinen Anspruch mehr auf die Gegenleistung haben soll, wenn er selbst die eigene Leistung nicht pünktlich bewirke, so entspricht diese Vereinbarung dem Tatbestande des § 360 BGB. Dieser wird zwar auch in Schrifttum und Rechtsprechung[48]) z. T. als Verfall-, z. T. und wohl auch besser als Verwirklichungsklausel bezeichnet; er hat aber mit unserm Rechtsinstitute offensichtlich nichts gemein.

Wenn auch ein Befriedigungsrecht nicht zum gesetzlichen Inhalt des Zurückbehaltungsrechtes gehört, so steht der Vereinbarung eines solchen durch die Parteien nichts im Wege, soweit eine Befriedigung überhaupt möglich ist, die Vereinbarung nicht etwa als Rücktrittsrecht angesehen werden muß (vgl. oben). Für die Anwendung des Verfallverbotes auf Vereinbarungen dieser Art ist kein Raum, da die Entstehung eines Zurückbehaltungsrechts einen fälligen Anspruch zur Vorausetzung hat. Nach Eintritt der Fälligkeit abgeschlossene Verfallverträge sind aber, wie oben ausgeführt, zulässig.

Aehnlich liegen die Fälle des § 273 II BGB. Die Ausführungen Raapes[49]) hierüber erscheinen zu allgemein, es kann ihnen nicht rückhaltlos zugestimmt werden. In Betracht kommt hier das Zurückbehaltungsrecht wegen der Ansprüche des Verwahrers gegen den Hinterleger, des Besitzers gegen den Eigentümer, des Finders gegen den Verlierer, auf Ersatz von Aufwendungen bezw. auf Zahlung des Finderlohnes (§§ 693, 1000, 970, 971 BGB.) u. a. Bei diesen Ansprüchen handelt es sich aber um sofort fällige. Wenn daher der Schuldner diese Forderungen durch Uebertragung des Eigentums an den zurückbehaltenen Sachen auf den Gläubiger tilgt, so muß die Anwendung des Verbots schon deshalb entfallen, weil die Ver-

---

[47]) a. a. O. § 117 S. 257 und die dort in Note 115 Zitierten.
[48]) Planck, Bem. 1 zu §§ 339 ff.; Oertmann Vorb. 4 vor §§ 339 ff.; Staudinger Vorb. IV vor §§ 339 ff. BGB. u. a. — JW. 1914 S. 527; Gruch. 58, 931; LZ. 1914, 1114 u. a.
[49]) a. a. O. S. 68 B. 1.

einbarung einer Hingabe an Erfüllungsſtatt nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung auch nach § 1229 BGB. zuläſſig iſt.

Wenn dagegen der Sachverhalt ſo liegt, daß der Gläubiger die fälligen Erſatzforderungen dem Schuldner bis zu einem beſtimmten Termin ſtundet, und beide vereinbaren, daß, wenn der Schuldner an jenem Zeitpunkt nicht leiſtet, der Gläubiger die zurückbehaltenen Sachen zu Eigentum haben ſolle, ſo kann freilich hierin eine Pfandbeſtellung im Sinne des § 1205 I S. 2 BGB. erblickt werden. Vermutlich iſt R a a p e auch von einer derartigen Sachlage ausgegangen. Erachtet man demnach ein Pfandrecht für vereinbart, ſo bietet dieſer Verfallvertrag keine Beſonderheiten. Die Entſcheidung über ſeine Gültigkeit hängt von der Art des vereinbarten Verfalls, ob rechnungsfreier oder rechnungspflichtiger, ab, ſowie von der Stellung, die man zu den vor Fälligkeit der Forderung vereinbarten rechnungspflichtigen Verfallverträgen einnimmt. Wir werden darüber weiter unten noch zu ſprechen haben.

Lehnt man jedoch das Vorliegen eines Pfandrechtes ab — zwingend iſt die Annahme eines ſolchen jedenfalls nicht — ſo wird man den zwiſchen den Parteien vereinbarten Verfall für gültig halten müſſen. Insbeſondere dürften wohl Bedenken aus dem Geſichtspunkt des numerus clausus der Sachenrechte nicht herzuleiten ſein. Es handelt ſich bei derartigen Vereinbarungen nicht um die Schaffung eines neuen Sachenrechtes, eines ein Befriedigungsrecht gewährenden Zurückbehaltungsrechtes, ſondern um eine von dem Zurückbehaltungsrecht unabhängige bedingte Hingabe an Erfüllungsſtatt. Auf dieſe kann aber das Verfallverbot, das ja auch eine bedingte Hingabe an Erfüllungsſtatt iſt, nicht angewendet werden, weil es bei den vorliegenden Tatbeſtänden an einem Verhältnis wirtſchaftlicher Abhängkeit gebricht, deſſen ausbeuteriſche Ausnutzung zu verhindern, Zweck des Verfallverbotes iſt. Die Stellung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber iſt hier eine weſentlich freiere; er befindet ſich nicht in der Notlage eines Kredit Suchenden und braucht ſich daher nicht wie jener den ihm vom Gläubiger geſetzten Bedingungen ohne weiteres zu unterwerfen.

2. Einfacher geſtaltet ſich die Sachlage beim kaufmänniſchen Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 ff. HGB.). Ebenſo wie das des BGB. iſt das kaufmänniſche Zurückbehaltungsrecht kein dingliches, ſondern nur ein perſönliches Recht, das jedoch pfandartig ausgeſtaltet iſt. Es gewährt nämlich im Gegenſatz zu dem des BGB., mit dem es auch nicht das Erfordernis der Konnexität der Forderungen teilt, eine Befriedigungsbefugnis und im Konkurſe den Anſpruch auf Abſonderung (vgl. § 49 Ziff. 4 KO). Nach der ausdrücklichen Vorſchrift des § 371 II HGB. erfolgt die Befriedigung nach den für das Pfand-

recht geltenden Vorſchriften des BGB. Da die Entſtehung des Zurückbehaltungsrechts in aller Regel, abgeſehen von den Fällen des § 370 HGB. eine fällige Forderung vorausſetzt, ſo iſt die Vereinbarung der Verwertung durch Verfall, weil ſie nach Fälligkeit der Forderung getroffen iſt, zuläſſig.[50])

3. Bei der Vertragsſtrafe verſpricht der Schuldner dem Gläubiger eine Leiſtung, die gemäß § 342 BGB. nicht nur in der Zahlung einer Geldſumme beſtehen kann, für den Fall, daß er ſeine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weiſe erfülle. Dieſes Leiſtungsverſprechen kann einen doppelten Inhalt haben: Entweder gibt es dem Gläubiger die Berechtigung, die Strafe ſtatt der Erfüllung (§ 340 BGB.) oder aber neben der Erfüllung (§ 341 BGB.) zu verlangen. Die Vertragsſtrafe dient ebenfalls der Sicherung, und zwar in der Weiſe, daß neben die Hauptſchuld eine völlig neue, weitere Leiſtung tritt, durch deren drohendes Fälligwerden der Schuldner zur ordnungsmäßigen Erfüllung angehalten werden ſoll.

Mit dem Pfandrecht hat dieſes Rechtsinſtitut lediglich den Sicherungszweck gemeinſam. Im übrigen hat es aber mit ihm keine Berührungspunkte, namentlich nicht hinſichtlich der Erreichung dieſes Zweckes. Daraus folgt, daß das Verfallverbot auf die Vertragsſtrafe keine Anwendung finden kann. Es beſteht freilich auch hier die Möglichkeit, daß der Schuldner ſchwer geſchädigt wird. Doch ſchützt ihn vor einer Uebervorteilung hier die Vorſchrift des § 343 BGB., die auch zur Anwendung kommt, wenn ſich das Strafverſprechen auf andere Gegenſtände als auf die Zahlung einer Geldſumme bezieht.[51])

R a a p e[52]) ſtellt dem rein obligatoriſchen Strafverſprechen den Fall gegenüber, daß der Gläubiger ſich den Gegenſtand des Strafverſprechens auch bedingungsweiſe übereignen läßt, und meint nun, hierin liege zwar zunächſt nur die bedingte Erfüllung des Strafverſprechens; zugleich werde aber, namentlich in den Fällen des § 340 BGB.. in denen die Strafe ſtatt der Erfüllung verſprochen ſei, die Schuld, für die das Strafverſprechen abgegeben wurde, dinglich geſichert. Wenn zu dieſer objektiven dinglichen Sicherung noch die Abſicht der Parteien auf Beſtellung einer dinglichen Sicherung träte, ſo müſſe das Verfallverbot, wie bei der Sicherungsübereignung überhaupt, zur Anwendung kommen.

Auf die Frage der Zuläſſigkeit der Verfallklauſel bei der Sicherungsübereignung werden wir im folgenden § noch zu ſprechen kom-

[50]) Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 371, Anm. 86 zu § 368 HGB.
[51]) Fiſcher-Henle Anm. 1 zu § 343.
[52]) a. a. O. S. 72 ff.

men. Daß, abgeſehen von dieſem Punkte, durch die bedingte Uebereignung des ſtrafweiſe verſprochenen Gegenſtandes die Hauptforderung eine dingliche Sicherung erfahre, iſt nicht ganz überzeugend. Richtig iſt freilich, daß die Stellung des Gläubigers hinſichtlich der Realiſierung des Strafverſprechens eine günſtigere iſt, aber auch nur für den Fall, daß die zur Eigentumsübertragung erforderliche Beſitzverſchaffung nicht durch ein Beſitzkonſtitut gemäß § 930 BGB. erſetzt wird. Die Uebereignung des Gegenſtandes des Strafverſprechens iſt doppelt bedingt: nämlich einmal davon abhängig, daß der Schuldner in Verzug gerät, und zum andern davon, daß der Gläubiger erklärt, er verlange die Strafe ſtatt der Erfüllung. Treten nun dieſe Vorausſetzungen ein, ſo iſt der Gläubiger, der im unmittelbaren Beſitz des Strafgegenſtandes iſt, freilich beſſer daran, wenn er lediglich durch die Erklärung, er verlange die Strafe ſtatt der Erfüllung, die Sache zu ſeiner eigenen machen kann, als wenn er etwa nach Abgabe jener Erklärung erſt mit der Eigentumsklage den Beſitz (im Falle des § 930) herausverlangen oder gar erſt auf Erfüllung des obligatoriſchen Strafverſprechens klagen müßte.

Die bedingte Uebereignung bewirkt alſo eine Beſſerſtellung des Gläubigers hinſichtlich der Verwirklichung des Strafverſprechens, nicht aber hinſichtlich der Hauptforderung.

Soweit im übrigen in den obigen Ausführungen Raapes zum Ausdruck kommt, daß für die rechtliche Beurteilung eines Rechtsgeſchäfts nicht die von den Parteien gebrauchten Bezeichnungen maßgebend ſein können, ſondern diejenige Rechtslage, die in Wahrheit durch das Rechtsgeſchäft herbeigeführt werden ſollte, kann ihnen unbedenklich beigetreten werden. Dies gilt ſowohl dann, wenn die Parteien irrtümlich ein Rechtsgeſchäft falſch bezeichnen („Leih"-Bibliothek bei entgeltlicher Gebrauchsüberlaſſung von Büchern) als auch dann, wenn ſie bewußt oder nur zum Schein einem Rechtsgeſchäft den Namen eines andern geben (§ 117 BGB.). Wenn daher ein Sicherungsübereignungsvertrag abgeſchloſſen werden ſollte, ſo bleibt der Vertrag ein ſolcher trotz der vielleicht gebrauchten Ausdrücke: Strafverſprechen, Strafzweck uſw. Ebenſo verhält es ſich aber, wenn ein obligatoriſches Strafverſprechen, bei dem etwa der Gegenſtand des Verſprechens ſich im Beſitz des Gläubigers befindet, in Wahrheit ſich als Pfandbeſtellung darſtellt. Auch hier bleibt das Rechtsgeſchäft eine Pfandbeſtellung trotz der Bezeichnung als Strafverſprechen.

Auch hieraus folgt wiederum, daß der bedingten Uebereignung des ſtrafweiſe verſprochenen Gegenſtandes für die Unterſcheidung des Strafverſprechens von der Sicherungsübereignung eine entſchei-

dende Bedeutung nicht beigemeſſen werden kann, daß es vielmehr lediglich auf den von den Parteien beabſichtigten Erfolg ankommt.

Daß im übrigen keine Veranlaſſung beſteht, die bedingte Erfüllung des obligatoriſchen Strafverſprechens im Hinblick auf den Verfallvertrag, wenn wir einmal Raapes Meinung über die Unzuläſſigkeit dieſes Vertrages bei der Sicherungsübereignung teilen wollen, anders zu behandeln als das obligatoriſche Strafverſprechen ſelbſt, bedarf nach obigen Erörterungen keiner beſonderen Hervorhebung.

3. Das Wiederkaufsrecht (§ 497 BGB.). Der Kauf iſt ein auf den Umſatz von Waren gegen Geld gerichtetes Rechtsgeſchäft. Die Beweggründe, die den Verkäufer zur Veräußerung beſtimmen, ſind auf die Gültigkeit des Geſchäfts ohne Einfluß. Ebenſo unbeachtlich ſind die Gründe, die den Verkäufer veranlaſſen, ſich ein Wiederkaufsrecht auszubedingen, mögen ſie nun darin beſtehen, daß er ſich die Möglichkeit einer Wiedererlangung ſeiner Sache für den Fall, daß ihn der Verkauf gereuen ſollte, ſichern will, oder darin, daß er zur Zeit des durch die Sache verkörperten Geldwertes bedarf, jedoch die Abſicht hegt, die Sache nach Ueberwindung der geldlichen Schwierigkeiten zurückzuerwerben. Immer iſt aber zur rechtlichen Beurteilung eines Geſchäfts als Kauf der Wille der Parteien, einerſeits wegzugeben, andererſeits zu erwerben, mit andern Worten die Umſatzabſicht erforderlich.

Nun kann freilich auch bei dieſer Sachlage der Verkäufer ſchwer zu Schaden kommen, vor allem dann, wenn er infolge geldlicher Schwierigkeiten vielleicht zu jedem Preiſe weggeben muß, und er ſich in ſeiner Hoffnung, die Sache ſpäter zurückkaufen zu können, getäuſcht ſieht. Trotzdem kann eine Anwendung des Verfallverbotes nicht in Betracht kommen. Denn der Verkäufer beſtellt keine Sicherheit für eine Schuld, er leiſtet vielmehr in Erfüllung einer beſtehenden Verbindlichkeit; es fehlt alſo an dem Pfandcharakter der Vereinbarung.

Anders dann, wenn die oben geforderte Umſatzabſicht der Parteien nicht vorliegt. Nach Warnkönig[53]) iſt auf das Fehlen dieſer Umſatzabſicht dann zu ſchließen, wenn der Kaufpreis der Sache im Vergleich zu ihrem Werte unverhältnismäßig niedrig iſt. Dieſer Schluß iſt nicht immer zwingend. Denn häufig wird der in Geldnot befindliche Eigentümer die Sache auch zu einem niedrigen Preiſe losſchlagen müſſen, weil etwa die geſamten wirtſchaftlichen Verhältniſſe zur Zeit ungünſtig ſind, und er eine Beſſerung nicht ab-

[53]) a. a. O. Bd. 24 S. 378 ff. und die dort Zitierten.

warten kann. Raape[54]) erachtet die für die Gültigkeit des Kaufs erforderliche Umſatzabſicht trotz der Bezeichnung des Geſchäfts als Kauf wohl mit Recht dann nicht für vorliegend, wenn auf Grund der zwiſchen den Parteien getroffenen Vereinbarung der Verkäufer nicht nur das Recht, ſondern auch die Pflicht hat, die verkaufte Sache gegen Rückzahlung des Kaufpreiſes zurückzunehmen, der Wille beider Parteien alſo von vornherein auf Rückgabe bezw. Rücknahme der Sache geht.

In dieſen Fällen handelt es ſich in Wahrheit um ein Kreditgeſchäft, ein Darlehn, bei dem die „verkaufte" Sache zur Sicherung der Darlehnsforderung übereignet iſt. Die als Kauf bezw. als Wiederkauf bezeichnete Vereinbarung der Parteien iſt in dieſem Sinne umzudeuten[55]).

Ob das Verfallverbot in Fällen dieſer Art zur Anwendung zu bringen iſt, richtet ſich nach der Stellungnahme zur Frage ſeiner Zuläſſigkeit bei der Sicherungsübereignung überhaupt[56]).

4. Daß das Verfallverbot auf den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt keine Anwendung finden kann, iſt nach dem Wortlaut des § 455 BGB. zweifelsfrei. Zwar ſoll auch hier der Gläubiger (Verkäufer) bei Zahlungsverzug des Schuldners (Käufers) geſichert werden. Jedoch erlangt der Gläubiger, wenn der Schuldner in Verzug gerät, keinen Gegenwert aus deſſen Vermögen, ſondern er behält ſein Eigentum, da die aufſchiebende Bedingung, unter der die Uebereignung erfolgt iſt, nicht eingetreten iſt.

## § 9. Der Umfang des Verbots.

Im Folgenden ſoll die Frage erörtert werden, ob das Verbot der §§ 1149 und 1229 BGB. auf ſämtliche Arten der Verfallvereinbarungen (vgl. oben § 1), insbeſondere auch auf den ſog. rechnungspflichtigen Verfall, in gleicher Weiſe zur Anwendung kommt.

Die herrſchende Meinung im Schrifttum[57]) ſteht auf dieſem Standpunkt. Nach ihr wird jede Art der Verfallklauſel ohne Rückſicht auf die beſondere Geſtaltung des Einzelfalles, namentlich aber auch der rechnungspflichtige Verfall von dem Verbot betroffen und iſt daher nichtig.

---

[54]) a. a. O. S. 71.
[55]) Hallbauer a. a. O. S. 635 ff.; zuſtimmend auch Raape S. 69 ff.
[56]) Vgl. unten § 9.
[57]) Raape a. a. O. S. 16 ff., 28 ff.; Martin Wolff § 165 I 4; Staudinger Bem. Ia zu § 1149; 2 zu § 1229; R.-G.-Räte Bem. I zu § 1229; Biermann Bem. Ib zu § 1149; 1 zu § 1229; Planck Bem. 1 zu § 1229 BGB. und ihnen folgend RG. 92, 103 ff.

Zur Begründung dieſer Anſicht bezieht man ſich in erſter Linie auf die Motive. Dort[58]) heißt es bezüglich des Verfalles zum Börſen- oder Marktpreis, einer Modifizierung des rechnungspflichtigen Verfalles:

„Wenn vereinbart iſt, daß das Pfand eventuell dem Gläubiger zum Börſen- oder Marktpreis — ſofern nämlich Sachen, die einen ſolchen haben, Gegenſtand des Pfandes ſind — überlaſſen werden ſoll, ſo mag eine ſolche lex commissoria einen minder bedrohlichen Charakter haben; immerhin bleibt eine ſolche Bindung des Eigentümers für denſelben gefährlich und geeignet, unlauteren Spekulationen desſelben Vorſchub zu leiſten. Es liegt deshalb kein genügender Grund vor, für derartige Vereinbarungen eine Ausnahme zu beſtimmen."

Gegen dieſe Ausführungen wandte ſich ſchon E ck in ſeinen Vorträgen[59]). Er unterſtellt den Fall, es ſeien 1000 Mark preußiſche Konſols mit der Maßgabe verpfändet, daß ſie, falls der Schuldner am Fälligkeitstage nicht zahle, zum Kurswert dieſes Zeitpunktes in das Eigentum des Gläubigers übergehen ſollen, und ſagt dann weiter:

„Wieſo die Verabredung, daß der Gläubiger am Verfalltage Eigentümer der 1000 Mark Konſols zu ihrem Kurswerte werden ſolle, wenn der Schuldner nicht zahle, unlauteren Spekulationen des Eigentümers Vorſchub leiſten ſoll, iſt nicht einzuſehen. Vielleicht war an unlautere Spekulationen des Gläubigers gedacht; aber auch das iſt nicht einzuſehen. Nach der Beſtimmung des § 1229 kann ſich der Gläubiger die Konſols nicht aneignen, und wenn er im Vertrauen auf die getroffene Abrede ſie etwa an einen Dritten verſchenkt oder verpfändet hat, kann er wegen Unterſchlagung belangt werden (falls nicht Irrtum). Er muß alſo nach Eintritt ſeiner Verkaufsberechtigung den Verpfänder zu einem neuen Ueberlaſſungsvertrag beſtimmen; auf den alten vor Eintritt der Verkaufsberechtigung darf er ſich nicht berufen. Willigt der Verpfänder nicht ein, ſo muß der Gläubiger die Konſols zum Verkauf bringen, wobei natürlich Zeit, Proviſion und Stempel verloren gehen. Aber lex ita scripta est."

Dieſer Stellungnahme E cks zu den Motiven kann man u. E. mit Ausnahme der Ausführungen über § 1229 vollinhaltlich zuſtimmen. Wenn in den Motiven davon die Rede iſt, daß unlautere Spekulationen des Pfandeigentümers durch das Verbot unterbunden werden ſollen, ſo ſind wir allerdings auch der Anſicht, daß es ſich hierbei um eine verſehentliche Faſſung handelt, denn das Verbot ſoll

[58]) Mot. III, 820 Ziff. 3.
[59]) Eck, Vorträge Bd. II S. 338, 339.

ſich nicht gegen dieſen, ſondern gegen den Gläubiger richten. Es iſt aber auch nicht erſichtlich, inwiefern dem Gläubiger durch eine derartige Vereinbarung Gelegenheit zu unlauteren Spekulationen auf Koſten des Schuldners gegeben ſein ſoll. Zahlt der Schuldner bei Fälligkeit nicht, ſo verliert er ſein Pfand in jedem Falle. Wird es veräußert, ſo erhält er ſogar noch weniger als beim Verluſt durch Verfall, da die Koſten des Verkaufs zu ſeinen Laſten gehen und daher vom Verſteigerungserlöſe in Abzug gebracht werden.

Erſcheinen dieſe Erwägungen allein ſchon geeignet, Zweifel an der Richtigkeit des von der herrſchenden Meinung eingenommenen Standpunktes aufkommen zu laſſen, ſo glauben wir darüber hinaus aus den im Folgenden zu erörternden Gründen zu der Annahme berechtigt zu ſein, daß der rechnungspflichtige Verfall nicht unter das Verbot der §§ 1149 und 1229 BGB. fällt.

Bereits eingangs dieſer Arbeit, bei der Betrachtung der geſchichtlichen Entwicklung des Verfallverbots[60]) haben wir im Anſchluß an Manigk dargelegt, daß einmal der Wortlaut des Konſtantiniſchen Verbots der Gültigkeit des rechnungspflichtigen Verfalls nicht entgegenſteht. Zum andern iſt trotz des Verbots Konſtantins die Vereinbarung des durch den Eintritt des Schuldnerverzuges bedingten kaufweiſen Pfanderwerbs durch den Gläubiger unter Aufrechnung der beſtehenden Schuld mit dem bei Eintritt der Bedingung entſtehenden Kaufpreiſe gültig geblieben. Dieſe Vereinbarung ſtellt aber einen rechnungspflichtigen Verfallvertrag dar, der lediglich in eine andere rechtliche Konſtruktion gekleidet iſt. Zum mindeſten iſt eine derartige Vereinbarung, da ihr Inhalt im allgemeinen — es handelt ſich um eine Verpfändung, der „Kauf“ iſt unter der Bedingung des Schuldnerverzuges abgeſchloſſen, ſein Hauptzweck iſt Herbeiführung der Befriedigung des Gläubigers, der zur Herauszahlung des Mehrwertes gegenüber ſeiner Forderung verpflichtet iſt — mit dem des rechnungspflichtigen Verfalls durchaus übereinſtimmt, in ihren wirtſchaftlichen Auswirkungen dem rechnungspflichtigen Verfall völlig gleich zu ſtellen. Schließlich iſt auch der rechnungspflichtige Verfall bis ins Mittelalter hinein für gültig gehalten worden.

Es iſt heute wohl als unbeſtritten anzuſehen, daß das Verfallverbot Konſtantins ſowohl auf hypotheca und pignus wie auf die fiducia Anwendung fand[61]).

Gleichwohl vertritt die Mehrzahl der Entſcheidungen wie auch der Schriftſteller[62]) die Anſicht, daß die Verfallverbote des BGB. auf

[60]) Vgl. oben §§ 3—5.
[61]) Raape a. a. O. S. 53 und die dort Zitierten.
[62]) Staudinger Anm. 7 zu § 1229; VIII 2 d zu § 929; R.-G.-Räte Anm. 1 zu § 1229; VI Abſ. 4 zu § 930; Staub-Könige Anm. 99a zu § 368 HGB. (im

die in der römiſchen fiducia wurzelnde Sicherungsübereignung keine Anwendung finden können. Als Begründung wird angeführt, daß in der Sicherungsübereignung doch etwas mehr liege als eine bloße Pfandbeſtellung, daß die Stellung des Sicherungsnehmers doch eine weſentlich freiere ſei, als die des Pfandgläubigers, da er von vornherein das Eigentum an den zur Sicherung dienenden Sachen erhalte, das lediglich dem Sicherungsgeber gegenüber obligatoriſch gebunden ſei.

Die Gegenmeinung verſucht ihren Standpunkt, das Verfallverbot müſſe auch auf die Sicherungsübereignung angewendet werden, damit zu begründen, daß ſie auf die Gleichartigkeit des Zweckes der Sicherungsübereignung und der Verpfändung hinweiſt. Der Geſetzgeber halte den Pfandverkauf und zwar durch öffentliche Verſteigerung für diejenige Art der Verwertung, bei der die Intereſſen des Schuldners wie des Gläubigers am beſten gewahrt würden. Aus der Gleichheit des Sicherungszweckes folge daher, daß für beide Rechtsinſtitute, ſoweit es bei ihrer Verſchiedenheit angängig ſei, hinſichtlich ihrer Verwertung zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers die Vorſchriften über den Pfandverkauf maßgebend ſein müßten. Darüber hinaus beſtehe auch kein Bedürfnis, den Sicherungsnehmer beſſer zu behandeln, als den Pfandgläubiger.

Beiden Begründungen können wir nicht rückhaltlos zuſtimmen, wenngleich wir auch der Anſicht der Mehrheit den Vorzug geben möchten.

Es mag richtig ſein, daß der Gläubiger bei der Sicherungsübereignung Dritten gegenüber freier geſtellt iſt als beim Pfandrecht. Denn wenn er der obligatoriſchen Verpflichtung dem Schuldner gegenüber zuwiderhandelt, ſo erlangt der Erwerber freies Eigentum, mag dieſer auch den Sachverhalt gekannt haben. Das Innenverhältnis zwiſchen Schuldner und Gläubiger, und auf dieſes kommt es doch wohl bezüglich der Verfallklauſel in erſter Linie an, wird jedoch durch die obligatoriſche Gebundenheit maßgeblich beeinflußt. So kann der Gläubiger, um nur einiges herauszugreifen, bei einer durch Beſitzkonſtitut vollzogenen Sicherungsübereignung im Konkurſe des Schuldners nicht etwa ausſondern, er kann vielmehr lediglich die Herausgabe zum Zwecke abgeſonderter Befriedigung verlangen[63]).

Gegenſatz zu früheren Auflagen); Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 368 Anm. 128; Düringer LZ. 1908, 104 Hallbauer Recht 1905, 635 ff.; Wolff § 163 I ld. Enneccerus Allg. T. § 139 II 3 ff.; RG. 83, 53; OLG. 20, 169 = Recht 1910 Nr. 1350; JW. 1911, 181; DJZ. 1902, 485 u. a.; A. M. Biermann Anm. 2 zu § 1229; Planck Anm. 4 zu § 1229; v. Tuhr III S. 193; 194; Raape S. 51 ff.; OLG 12, 140; RG. 92, 104.

[63]) RG. 91, 15 und die dort zitierten Entſcheidungen. RG. 118, 209; JW. 1928, 63; Jaeger Anm. 13 zu § 48 KO. u. v. a.

Im Gegenſatz zu dieſer konkursrechtlichen Behandlung des Sicherungseigentums billigt die h. M. in Schrifttum und Rechtſprechung[64]) dem Sicherungsnehmer, ſoweit die zu ſichernde Forderung beſteht, bei einer gegen den Schuldner gerichteten Einzelvollſtreckung die Widerſpruchsklage aus § 771 ZPO. zu. Gegen dieſe unterſchiedliche Behandlung der Sicherungsübereignung im Konkurſe und in der Zwangsvollſtreckung wenden ſich Hellwig und neuerdings Max Wolff[65]), die dem Gläubiger bei der Zwangsvollſtreckung in Anlehnung an das konkursrechtliche Abſonderungsrecht lediglich ein Recht auf vorzugsweiſe Befriedigung aus dem Verſteigerungserlöſe gemäß § 805 ZPO. zuerkennen wollen.

Es erſcheint uns jedoch nicht angängig, lediglich geſtützt auf die Gleichartigkeit des Sicherungszweckes die Vorſchriften über die Pfandverwertung auch auf die Sicherungsübereignung ohne weiteres für anwendbar zu erklären. Wollte man die Anwendung dieſer Beſtimmungen verlangen, ſo würde man damit kundtun, daß die Sicherungsübereignung eine Umgehung der §§ 1205 ff. BGB. iſt. Eine derartige Stellungnahme iſt aber angeſichts des heutigen Standes der Rechtſprechung über dieſes Rechtsinſtitut unhaltbar. Die Sicherungsübereignung iſt eben ein von dem in den §§ 1205 ff. BGB. geregelten verſchieden geartetes Sicherungsmittel, auf das die Vorſchriften über die Pfandverwertung ebenſowenig wie andere Sondervorſchriften des Pfandrechts anwendbar ſind[66]). Trifft das Geſetz ſelbſt aber keine Beſtimmungen über die Abwickelung des Rechtsverhältniſſes, ſo muß ſie der freien Vereinbarung der Beteiligten überlaſſen bleiben. So führt das Reichsgericht in Bd. 83 S. 53 aus:

„Die Natur der Sicherungsübereignung macht, da doch ſchließlich einmal die Auseinanderſetzung der Beteiligten eintreten muß, auch Abmachungen für den Fall nötig, daß der Sicherungszweck ſich nicht durch Tilgung der den Gegenſtand der Sicherung bildenden Forderung erledigt. Dieſe Abmachungen können verſchiedener Art ſein. Es kann (nach Art der lex commissoria des gemeinen Rechts) vereinbart ſein, daß, wenn die Forderung bei Fälligkeit nicht bezahlt wird, die übereignete Sache dem Gläubiger endgültig verfallen ſoll. Hierin würde ein bedingter Kauf gefunden werden können, bei dem der Forderungsbetrag als der Kaufpreis anzuſehen wäre, und erforderlichenfalls noch die Aufrechnung als gewollt zu gelten hätte."

[64]) Stein Bem. II 1a zu § 771 ZPO. und die in Note 37d Zitierten.
[65]) Hellwig a. a. O. S. 25 ff. (dagegen Boſchan JW. 1912 S. 8 ff.), Max Wolff JW. 1930, 1470 ff., insbeſondere S. 1473.
[66]) OLG. 20, 169.

Dem letzten Satz dieſer Entſcheidung können wir uns allerdings nicht anſchließen. Denn einerſeits iſt die Uebereignung losgelöſt von dem ihr zugrunde liegenden Schuldverhältnis, ſie wird durch dieſes nicht berührt, ſie bedarf aber auch eines ſolchen zu ihrer Gültigkeit nicht. Andererſeits fehlt den Parteien bei der Hingabe an Erfüllungsſtatt, und als ſolche kennzeichnet ſich auch die Sicherungsübereignung mit Verfallabrede, die zum Vorliegen eines Kaufes erforderliche Umſatzabſicht. Denn die Hingabe an Erfüllungsſtatt iſt Erfüllungsſurrogat; die Abſicht der Beteiligten geht daher auf Erfüllung.

Daß freilich auch für die Auseinanderſetzung zwiſchen den Beteiligten eine Verwertung des übereigneten Gegenſtandes nach Maßgabe der Vorſchriften über den Pfandverkauf vereinbart werden kann, iſt nach der angeführten Entſcheidung nicht zweifelhaft.

Iſt demnach eine Vereinbarung des Verfalls bei der Sicherungsübereignung mit der herrſchenden Meinung als zuläſſig anzuſehen, ſo muß das Gleiche gelten für das Pfandrecht, ſoweit der rechnungspflichtige Verfall in Frage ſteht. In dieſen Fällen ſind die Belange des Schuldners hinſichtlich des Ueberſchuſſes gewahrt. Die das Verbot begründete Gefahr einer Ausbeutung des Schuldners iſt nicht vorhanden, was für börſen- oder marktgängige Sachen zur Genüge aus dem oben mitgeteilten Beiſpiel Ecks erhält.

Unſere auch von Manigk[67]) vertretene Anſicht von der Zuläſſigkeit des rechnungspflichtigen Verfalls erfährt eine weitere Stütze durch die für die Verwertung von verpfändeten Forderungen gegebenen Vorſchriften. Hier iſt gemäß § 1282 BGB. ebenſo wie bei der Verpfändung von Grund- oder Rentenſchulden (§ 1291 BGB.) ſowie bei dem echten (nicht irregulären) Pfandrecht an Geld, das geſetzlich in den Fällen der §§ 1219 II, 1247, 1287 BGB. u. a. eintritt, das aber auch vertraglich vereinbart werden kann,[67a]) die Vereinbarung des Verfalls zuläſſig.

Zutreffend bemerkt Raape,[68]) daß es ſich hierbei um Sondervorſchriften handelt, die mit der Natur des Pfandgegenſtandes in dieſen Fällen zuſammenhängen. Sie zeigen aber andererſeits, daß nach Anſicht des Geſetzgebers in Fällen, in denen eine Benachteiligung des Schuldners ausgeſchloſſen iſt, das Verbot nicht beſteht.

Raape begründet ſeinen ablehnenden Standpunkt noch mit folgenden beiden Einwänden:

---

[67]) Manigk, Pfandrecht im H. d. R. S. 466.
[67a]) Martin Wolff § 173 I.
[68]) a. a. O. S. 34, 35.

Er meint zunächſt, durch die Zuläſſigkeit des rechnungspflichtigen Verfalls würden unnötige Prozeſſe über die Angemeſſenheit des Verfallpreiſes heraufbeſchworen.[69])

Dem iſt entgegenzuhalten, daß dieſe Gefahr bei Sachen, die einen Börſen- oder Marktpreis haben, wohl kaum beſtehen kann, da der Preis dieſer Sachen ſtets und von jedermann einwandfrei beſtimmt werden kann. Wegen der ſonſtigen Gegenſtände ſei auf die Beſtimmungen der §§ 1213, 1214 BGB. hingewieſen. Auch in dieſen Fällen hat der Geſetzgeber keine Bedenken getragen, die Einigung über die Angemeſſenheit des in Rechnung zu ſtellenden Wertes den Beteiligten zu überlaſſen. Die Gefahr unnötiger Prozeſſe über die Angemeſſenheit des Verfallpreiſes erſcheint hiernach nicht ſehr groß.

Den weiteren Einwand, der lediglich das Liegenſchaftspfand betrifft, entnimmt Raape aus § 1136 BGB.[70]) Er meint, wenn man den rechnungspflichtigen Verfall für nicht unter das Verbot fallend erachte, dann müſſe man auch die Eintragung einer Vormerkung für den durch den Zahlungsverzug bedingten Anſpruch auf Uebereignung des Grundſtückes zulaſſen. Werde aber eine Vormerkung dieſes Inhalts eingetragen, dann werde hierdurch mit Rückſicht auf die Wirkung der Vormerkung (§ 883 II BGB.) der Eigentümer in der Verfügung über das Grundſtück ſchwer beeinträchtigt, wenn nicht gar lahmgelegt. Es werde indirekt der Zuſtand geſchaffen, den § 1136 BGB. verhüten wolle, nämlich eine Bindung des Grundſtückeigentümers dem Gläubiger gegenüber. das Grundſtück nicht zu veräußern oder weiter zu belaſten.

Auch dieſe Ausführungen vermögen unſere Anſicht nicht zu widerlegen.

Zweck der gedachten Vorſchrift iſt, die Verfügungsfreiheit des Grundſtückseigentümers über das Grundſtück nicht zu beſchränken. Da die Vormerkung aber eine Grundbuchſperre nicht zur Folge hat, bleibt der Eigentümer rechtlich durchaus in der Lage, das Grundſtück weiter zu belaſten oder es zu veräußern. Die Beſtimmung des § 1136 BGB. ergreift daher Fälle der vorliegenden Art nicht.

Es mag vielleicht zutreffen, daß es für den Eigentümer eines mit einer Verfallklauſel „belaſteten" Grundſtücks ſchwieriger iſt, unter Umſtänden einen Käufer für das Grundſtück oder einen weiteren Kreditgeber zu bekommen wegen der aus dem Geſichtspunkt der §§ 883 II und 888 BGB. ſich ergebenden Gefahr für ihre Rechte. In Wirklichkeit iſt aber die Lage des Erwerbers eines mit einer Hypothek belaſteten Grundſtücks genau die gleiche, ob nun die Hypothek mit

[69]) a. a. O. S. 31, 32.
[70]) a. a. O. S. 32, 33.

einer Verfallklauſel verſehen iſt oder nicht. Denn, wird der Hypothekengläubiger nicht befriedigt, ſo verliert der Erwerber das Grundſtück im einen Falle durch die Zwangsvollſtreckung, im andern durch den Verfall. Im übrigen iſt die Gültigkeit einer Vereinbarung des Inhalts unſtreitig, daß die Hypothekenforderung ſofort fällig ſein ſolle, wenn der Eigentümer das Grundſtück veräußert oder weiter belaſtet.[71]) Eine derartige Vereinbarung iſt aber eine ebenſo große Bindung des Eigentümers wie die durch den rechnungspflichtigen Verfall. Aus dieſen Erwägungen heraus dürfte wohl auch eine entſprechende Anwendung der Vorſchrift des § 1136 BGB. auf den rechnungspflichtigen Verfall abzulehnen ſein.

Zuſammenfaſſend iſt daher feſtzuſtellen:

Aus der geſchichtlichen Entwicklung des Verfallverbotes, ſeiner Nichtanwendbarkeit auf die Sicherungsübereignung ſowie dem Fehlen der das Verfallverbot begründenden Gefahr bei dem rechnungspflichtigen Verfall ergibt ſich, daß die Vereinbarung des rechnungspflichtigen Verfalls gültig iſt.[72])

Für dieſes Ergebnis ſpricht ferner eine ganze Reihe von Zweckmäßigkeitserwägungen, denen ſich auch die Gegner unſerer Anſicht nicht verſchließen können.

Der Pfandverkauf im Wege öffentlicher Verſteigerung ſoll die Erzielung eines angemeſſenen Preiſes gewährleiſten. Daß dieſes Ziel in den meiſten Fällen nicht erreicht wird, iſt eine Erfahrung des täglichen Lebens.[73]) In dieſem Zuſammenhange ſei für die Zwangsverſteigerung auf den § 3 der Bekanntmachung über das Mindeſtgebot bei der Verſteigerung gepfändeter Sachen vom 8. Oktober 1914 (RGBl. S. 427) hingewieſen, nach welchem der Zuſchlag bereits erteilt werden darf, wenn ein die Hälfte des gewöhnlichen Verkaufswertes der Sache entſprechendes Gebot als Höchſtgebot abgegeben worden iſt.

Ferner ſei auf die Beſtimmungen der §§ 1235 II, 1295 und 1221 BGB. verwieſen, nach denen Pfänder mit Börſen- oder Marktpreis zu dieſem aus freier Hand verkauft werden können. Warum, ſo fragt man ſich, ſoll in ſolchen Fällen der rechnungspflichtige Verfall nicht zuläſſig ſein, wobei noch zu berückſichtigen iſt, daß die durch

[71]) Vgl. die Kommentare, ferner Martin Wolff § 138 III, KGJ. 42, 280 ff.

[72]) Ebenſo Manigk, Pfandrecht S. 466; wohl auch Crome a. a. O. S. 744, 745 und Anm. 17 das. Für das öſterreichiſche Recht vgl. Ehrenzweig a. a. O. S. 487.

[73]) Vgl. im einzelnen Chemnitius, der geringe Erlös beim Pfandverkauf, Urſachen und Mittel zur Abhilfe, 1915.

die Veräußerung entſtehenden Koſten, die zu Laſten des Schuldners gehen, beim rechnungspflichtigen Verfall geſpart bleiben. So ſcheint auch Raape den rechnungspflichtigen Verfall in dieſen Fällen wegen ſeiner Unſchädlichkeit für den Schuldner für zuläſſig zu halten.[74])

Schließlich iſt der Verkauf des Pfandes bei Fälligkeit der geſicherten Forderung lediglich ein Recht, keine Pflicht des Gläubigers.[75]) Unterläßt er den Verkauf, ſo laufen die für die Forderung zu entrichtenden Zinſen, die häufig für den Verzugsfall noch erhöht ſind, weiter, wodurch der Schuldner wiederum geſchädigt wird.

Daß dagegen durch den rechnungspflichtigen Verfall den Intereſſen beider Parteien gedient iſt, ergibt ſich aus der Tatſache, daß auch heute noch ein ſehr großer Teil der Pfänder als Verfallpfänder beſtellt werden.[76])

Iſt dem aber ſo, dann kann es nicht der Wille des Geſetzgebers ſein, durch unnötige Schutzvorſchriften den Rechtsverkehr zu belaſten und zu erſchweren.

[74]) Vgl. a. a. O. S. 18 und S. 21 Anm 2.
[75]) JW. 1910, 816.
[76]) Vgl. oben § 2; Raape S. 6.

# Lebenslauf.

Am 3. Dezember 1901 wurde ich als Sohn des jetzigen Reichsbahnrats Max Mondrzik und seiner Ehefrau Johanna geb. Limp in Essen geboren. Von Ostern 1908 bis 1912 besuchte ich die Volksschule und von diesem Zeitpunkt ab bis Ostern 1921 das Städtische Gymnasium (Goetheschule) in Essen. Nach Ablegung meiner Reifeprüfung zu Ostern 1921 trat ich in ein Privatbankgeschäft ein. Nach Ablauf meiner Lehrzeit studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Köln, Münster und Marburg. Im März 1928 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel das Referendarexamen. Seit dieser Zeit befinde ich mich in der Ausbildung als Gerichtsreferendar.